

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITOS INTELECTUAIS

ESPECIALIDADE: DIREITO DE AUTOR



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

REALIZAÇÃO CINEMATOGRÁFICA NO BRASIL:

A (IN)OBSERVÂNCIA AOS LIMITES DOS DIREITOS AUTORAIS

TESE APRESENTADA SOB ORIENTAÇÃO DO

PROFESSOR DOUTOR DÁRIO MOURA VICENTE

POR

PEDRO BELCHIOR COSTA

ABRIL 2017

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO INTELECTUAL

ESPECIALIDADE: DIREITO DE AUTOR

REALIZAÇÃO CINEMATOGRAFICA NO BRASIL:

A (IN)OBSERVÂNCIA AOS LIMITES DOS DIREITOS AUTORAIS

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO INTELECTUAL

SOB ORIENTAÇÃO DO

PROFESSOR DOUTOR DÁRIO MOURA VICENTE

PEDRO BELCHIOR COSTA

RESUMO

O presente estudo assume como ponto central uma dificuldade prática percebida no contexto brasileiro da produção de obras cinematográficas, qual seja, a evidente insegurança jurídica diante da aplicabilidade de limites aos direitos autorais nas hipóteses de sincronização de trechos de obras protegidas pré-existentes em obra audiovisual nova.

Nesse sentido, busca-se aqui compreender de forma verticalizada e suficientemente aprofundada a estrutura do conflito suscitado no cenário nacional brasileiro, construindo-se o terreno para que eventuais possíveis soluções possam ser vislumbradas no futuro.

Assim, estrutura-se esse estudo em alguns blocos intrinsecamente vinculados. De início, apresenta-se o debate sobre o qual essa pesquisa se debruça. Em seguida, adentra-se em breves considerações acerca da regulamentação brasileira pertinente aos Direitos Autorais, para só depois se iniciar a contextualização do mercado audiovisual, incluindo-se algumas de suas práticas e funções. Realizados tais exercícios, inicia-se a análise do caso concreto que guia as principais ponderações sobre o debate suscitado, nomeadamente o precedente criado pela Ação Declaratória de nº 0352238-03.2009.8.19.0001, originária do estado do Rio de Janeiro e conhecida como o caso “Alô, Alô, Terezinha!”. Nesse caminho, realiza-se o estudo sobre a inobservância dos limites aos direitos autorais percebida na prática do mercado cinematográfico brasileiro. Naturalmente, tais blocos são seguidos por breves considerações conclusivas e a respectiva indicação de toda a bibliografia consultada.

Um exame que não assume a pretensão de esgotar o tema e que se dedica, através de linguagem simplificada e acessível, à uma visão prática sobre um problema percebido há anos e que não mais se sustenta diante dos anseios da sociedade da informação, absolutamente conectada e conscientizada.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Autorais no Brasil - Obra Cinematográfica - Limitações

ABSTRACT

The present study takes as its central point a noticed issue in the Brazilian context relating to the production of film works, that is, the evident legal uncertainty regarding the applicability of limits to Copyrights considering the hypothesis of synchronization of excerpts of pre-existing protected works inside a new audio-visual work.

In this sense, it is sought here to understand in a vertical and sufficiently deep study the structure of the conflict aroused in the Brazilian scenario, building ground so that possible solutions can be glimpsed in the future.

Thus, this study is structured in some blocks that are intrinsically linked. At first, the debate considered by this research is presented. Then, the Brazilian regulations concerning to Copyrights are briefly discussed, only to begin contextualizing the audio-visual market, including some of its practices and roles. Following these exercises, it is analysed the concrete paradigm that guides the main considerations on this debate, namely the precedent created by the law suit ruled in the state of Rio de Janeiro, the case of the "*Alô, Alô, Terezinha!*" documentary film. Through this is studied the (non)observance of the limits to the Copyrights noticed in the practice of the Brazilian film market. Naturally, such blocks are followed by some brief conclusive considerations and the respective indication of the bibliography consulted.

A study that does not intend to exhaust its theme and that is dedicated, through easy and accessible language, to a realistic vision about a problem perceived from several years and that no longer can be accepted before the longings of a connected society.

KEYWORDS

Copyright in Brazil - Film - Limitations

AGRADECIMENTOS

Aproveito essas breves linhas para tecer alguns agradecimentos mais do que devidos.

Inicialmente, agradeço ao corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, bem como meus caríssimos colegas de turma, que rapidamente se tornaram eternos amigos e fizeram ainda mais prazerosa a descoberta desta que certamente é uma das cidades mais encantadoras de nosso planeta. Agradeço ainda a Teresa, Alex e Ronaldo que, entre tantas outras almas de bem que cruzaram meu caminho, dispuseram-se a me ajudar sem esperar por qualquer retribuição.

Agradeço também ao corpo diretivo e docente da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, nomeadamente os professores Joaquim Falcão, Nelson Jobim e Eduardo Magrani, por todo o suporte conferido, seja na profundidade do aconselhamento acadêmico, seja na indispensabilidade do apoio financeiro.

Merece igualmente agradecimento o corpo diretivo do Instituto de Tecnologia e Sociedade, representado por mestres como Ronaldo Lemos e Carlos Affonso, mas especialmente na pessoa do prezadíssimo professor Sérgio Branco, certamente um dos maiores conhecedores do direito autoral brasileiro e uma pessoa de sensibilidade ímpar.

Agradeço igualmente ao corpo discente da pós-graduação em Direito do Entretenimento da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, para quem tenho o prazer de ministrar aulas há alguns anos e que vem, ainda que inconscientemente, participando de discussões frequentes e auxiliando na produção desse trabalho.

Agradeço ainda aos professores que cruzaram meu caminho - e que ainda cruzarão - por toda a minha vida, vozes que certamente formam esse ser.

Resta ainda espaço derradeiro para agradecer a roteiristas, produtores e produtoras, atores e atrizes, montadores e montadoras, diretores e diretoras, parceiros com quem venho trabalhando nos mais diferentes países e que há anos vêm somando forças nesse extraordinário, intenso e árduo esforço que é a produção cinematográfica.

Para todos, os meus mais profundos agradecimentos.

Dedico esse trabalho à **Antônio, Vera e Mônica**,
por terem feito de tudo por mim e mais um pouco.

SUMÁRIO

I - CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	- 8 -
II - A REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA.....	- 18 -
a) Considerações sobre os Direitos Autorais no Brasil.....	- 19 -
b) A Lei de Direitos Autorais	- 33 -
c) A Função Social da Propriedade Intelectual	- 45 -
III - O CONTEXTO PRÁTICO DO MERCADO BRASILEIRO.....	- 53 -
a) Considerações sobre a Obra Cinematográfica	- 54 -
b) Produção e Realização Cinematográfica no Brasil	- 66 -
c) Complicações Jurídicas Práticas	- 81 -
IV - A INOBSERVÂNCIA DAS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS NA PRÁTICA DO MERCADO BRASILEIRO	- 92 -
a) O Caso do Documentário “Alô, Alô, Terezinha!”	- 93 -
b) Os Limites na Lei de Direitos Autorais Brasileira	- 109 -
c) A (in)Aplicabilidade Prática do Artigo 46 da Lei de Direitos Autorais	- 118 -
V - CONSIDERAÇÕES FINAIS	- 140 -
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	- 152 -

- I -

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

I) CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A presente tese é construída e desenvolvida a partir dos consecutivos estudos iniciados durante o curso de Mestrado Científico em Direitos Intelectuais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, especificamente sob a tutela da disciplina Direito Autoral e da Sociedade da Informação, regida pelos Excelentíssimos Professores Doutores José de Oliveira Ascensão e José Alberto Vieira, sendo agora estendida, aprofundada e rediscutida sob orientação do Ilustríssimo Professor Doutor Dário Moura Vicente, sendo finalmente apresentada para a apreciação referente à concessão do grau de mestre por essa Egrégia Instituição.

Em apertada síntese, volta-se o estudo proposto para a legítima investigação acerca da incontestada insegurança jurídica percebida na prática do mercado audiovisual brasileiro, notadamente no que tange à inobservância dos limites aos direitos autorais durante a realização de obras audiovisuais, especificamente diante da inserção e/ou sincronização de trechos de obras pré-existentes em obras cinematográficas novas.

A partir de precedentes nacionais - como aquele gerado pela Ação Declaratória de nº 0352238-03.2009.8.19.0001, originária do estado do Rio de Janeiro e conhecida como o caso do “Documentário Alô, Alô, Terezinha!”¹ -, empenha-se este trabalho em aprofundar as pesquisas, analisar as decisões contraditórias do Poder Judiciário brasileiro e refletir acerca das práticas abusivas do mercado e suas consequências, bem como acerca do impacto causado pelo grave afastamento do que seria a aplicação legítima dos limites aos direitos de autor ante a fragilidade das previsões da Lei de Direitos Autorais brasileira².

¹ Em resumo, a ação trata da utilização por parte do realizador audiovisual, em seu documentário "Alô, Alô, Terezinha!", de dois trechos musicais que representavam 15% e 10% da totalidade das obras originais pré-existentes, requerendo tal realizador que fosse declarada a possibilidade da sincronização sem a necessidade de autorização do titular dos direitos autorais e sem qualquer pagamento. Em primeira instância a decisão foi prejudicial ao realizador, sendo reformada em segunda instância e assim transitada em julgado, permitindo-se a aplicação dos limites previstos na legislação nacional, apesar das contradições apontadas.

² Ao tratar-se do termo “Lei de Direitos Autorais” e similares, refere-se à Lei Federal nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais

Após extenso exame e vivência prática junto ao mercado cinematográfico, tende-se a defender a conclusão no sentido de destacar a evidente inobservância generalizada dos limites aos direitos de autor na prática do segmento audiovisual no Brasil - e talvez até mesmo no mercado criativo como um todo -, o que por si só já representa inegáveis prejuízos não apenas à atividade profissional do realizador audiovisual, mas à própria produção intelectual criativa.

Exatamente nesse sentido busca-se elencar algumas possíveis soluções, como, por exemplo, a reforma legislativa e a pacificação do posicionamento inconstante do Poder Judiciário, que deve se pautar a partir de critérios razoavelmente equiparados, destacando-se a importância de uma interpretação em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Assim sendo, assume-se como ponto central desse estudo o debate levantado por uma dificuldade recorrente percebida no contexto brasileiro, ainda sem solução. Trata-se dessa forma da referida imposição prática à atividade de realização audiovisual no sentido de serem os profissionais competentes impedidos de fazer uso legítimo da aplicação dos limites aos direitos autorais, o que ocorre diante da absoluta insegurança jurídica ocasionada em hipóteses de necessidade da inserção, em sua obra nova, de trechos de obras autorais pré-existentes que se encontrem sob a titularidade de terceiros, apesar de expressa previsão legal nesse sentido.

Aproveita-se o momento para se destacar desde já que o presente esforço acadêmico concentra-se na análise de casos concretos e de informações da prática do mercado do audiovisual, conferindo-se algum destaque específico ao emblemático caso do já mencionado “Documentário Alô, Alô, Terezinha!”, seja em razão da proximidade com a lide, seja em razão da significância de seu precedente para a discussão em tela.

Enfim, propõe-se não apenas compreender a aplicabilidade das normas de direitos autorais diante de uma situação prática de prejuízo recorrente e manifesto, mas igualmente analisar de forma verticalizada a estrutura do conflito suscitado no cenário

e dá outras providências, acessível a partir do link
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>.

nacional brasileiro, sugerindo-se posteriormente as eventuais possíveis soluções, a serem desenvolvidas em estudos futuros, após submissões e debates coletivos.

Na mesma medida daquilo que é defendido nessa dissertação, define-se como objeto explícito e isolado do presente estudo justamente o afastamento de alguns importantes limites aos direitos autorais na prática da atividade de realização audiovisual no Brasil, razão pela qual desde já se faz imperioso perceber as particularidades do debate acerca dessa incerteza gerada pela legislação brasileira e sua divergente interpretação junto ao Poder Judiciário.

Parte-se, para tanto, do fato incontroverso de a criação artística e cultural em regra impor ao criador a necessidade de remissão e utilização de obras já existentes, o que se revisita mais adiante nesse trabalho. Enfim, um fato notório e incontestado da produção cultural – e da produção de conteúdos em geral – nos mais diversos períodos da história. Afinal, é natural que o ser humano, ao criar, use daquilo que está a sua volta e das influências que determinaram sua individualidade.

Considerando tal fato e limitando-se à atividade do realizador audiovisual, deve-se perceber igualmente que muitas vezes tal criador entende ser necessária a inserção de obra de terceiros – independente de ser ela uma obra musical, audiovisual, literária, etc. – em sua obra nova, seja em sua integralidade ou apenas em trechos.

O que traz maior complexidade para a prática é justamente a determinação da medida na qual tal utilização dispensará a autorização por parte dos titulares dos direitos autorais sobre aquela obra pré-existente e o momento a partir do qual a utilização poderá ser proibida por parte desse mesmo titular de direitos.

Dessa maneira, o problema assume grande relevância no âmbito brasileiro, como vem ressaltando há anos o professor doutor Sérgio Vieira Branco Jr. Afinal, no dia-a-dia de

quem atua no ramo da realização audiovisual no Brasil, essa é uma questão crucial que pode definir até mesmo se determinada nova obra será ou não criada³.

Apesar da relevância da temática, a Lei de Direitos Autorais brasileira ainda é confusa e omissa em distintas passagens ao especificar as condições a serem cumpridas para que seja lícita a utilização de obras pré-existentes sem a necessidade de autorização. A lei deixa de definir, por exemplo, o que seria um “pequeno trecho” ou o que seriam os “legítimos interesses dos autores”.

Confere-se assim indiretamente ao Poder Judiciário a função de determinar posteriormente em cada caso concreto a legitimidade do uso, sem que sejam ao menos elencados critérios mínimos de observância. Diante da divergência do Poder Judiciário, igualmente responsável pela imprevisibilidade absoluta do resultado de demandas idênticas apreciadas, resta à iniciativa privada agir, com o consequente afastamento dos limites legítimos na prática.

Nesse contexto, agentes vinculados à realização audiovisual são afastados da certeza necessária para o exercício de sua atividade, tendo em vista a inexistência de um padrão mínimo que permita a inserção segura de uma obra pré-existente em sua obra nova.

Afinal, diante da constatação de que exatamente a mesma inserção poderá ser considerada legítima por determinado julgador e ilegítima por julgador diverso - destacando que dentro das consequências do uso ilegítimo está incluída a tipificação como ato criminoso no Brasil⁴ -, a prática do mercado brasileiro por parte dos

³ BRANCO, Sérgio. A Produção Audiovisual sob a Incerteza da Lei de Direitos Autorais. In: Três Dimensões do Cinema: Economia, Direitos Autorais e Tecnologia. Organizadores: Ronaldo Lemos, Carlos Affonso Pereira de Souza e Marília Maciel. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

⁴ O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (o Código Penal brasileiro), prevê o crime de "Violação de direito autoral" em seu artigo 184, sob os seguintes dizeres:

"Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos.

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa."

detentores de direitos autorais vem se revestindo de certo viés excessivo e possivelmente abusivo.

Nota-se assim uma opção extrema de alguns titulares de direitos no sentido de se posicionar pela realização de cobranças para quaisquer utilizações, salvo se o realizador obtiver uma decisão judicial favorável transitada em julgado, o que por si só vai de encontro com a celeridade e o planejamento necessários à produção audiovisual.

É justamente por conta de casos práticos como os ponderados que se parte da análise do conservadorismo da Lei de Direitos Autorais brasileira e se observa a previsão de seus limites, apresentando-se a dicotomia entre os dois polos classicamente contrapostos: de um lado os interesses do titular dos direitos de autor, de outro os interesses da sociedade.

Afinal, é exatamente o equilíbrio entre o interesse individual e o interesse público que caracteriza as grandes discussões acerca dos direitos autorais e, notadamente, os debates acerca de seus limites. Nesse ponto, extremamente pertinentes e esclarecedoras as palavras do professor doutor Dário Moura Vicente, em sua conferência intitulada de "Economia Criativa e Equilíbrio de Interesses no Direito Autoral", segundo as quais:

"Avultam aqui, desde logo, interesses individuais. Compreendem-se neles o interesse do autor em dispor de modo exclusivo da sua obra, em usá-la e fruí-la, colhendo os benefícios materiais da sua exploração, assim como o seu interesse em ver reconhecida a paternidade da obra e respeitada a sua genuinidade e integridade. Aos interesses do autor acrescem os das empresas (editores, produtores, radiodifusores, etc.) que publicam ou por qualquer outro meio procedem à exploração comercial de obras literárias e artísticas, às quais importa ver protegidos e remunerados os investimentos realizados para esse efeito.

A estes interesses individuais contrapõem-se no Direito Autoral interesses sociais. Entre eles destaca-se a promoção da criatividade: o direito de autor, na medida em que proporciona ao seu titular uma remuneração do seu esforço ou investimento, constitui um estímulo à produção de obras literárias, científicas e artísticas. Acrescem a esse interesse social os que se prendem com a facilitação do acesso do público à educação, à cultura, ao conhecimento e à informação, essenciais a todas as sociedades plurais, o que reclama um certo grau de liberdade de utilização e exploração das obras intelectuais alheias. Por outro lado, toda a criação intelectual pressupõe criações preexistentes. A criatividade implica, assim, em alguma medida a possibilidade de utilizar e reelaborar obras de outrem."⁵

Considerados todos os comentários prévios, parte-se para o estudo com a tendência de se concluir, portanto, pela provável insuficiência das limitações aos direitos autorais não apenas para proteger o acesso ao conhecimento e à cultura, mas especificamente para resguardar as atividades de criação e realização audiovisual.

Nesse sentido, tende-se também a acreditar que os parcos limites previstos no Artigo 46 e seguintes da Lei de Direitos Autorais não sejam suficientemente claros e abrangentes, tolerando a existência de espaço excessivamente aberto para interpretações das mais diversas. Logo, verifica-se como ausente qualquer segurança jurídica para sua aplicação pacífica na prática, sendo comumente necessária a morosa apreciação por parte do Poder Judiciário nacional, muitas vezes despreparado e defasado.

Destaque-se, é função basilar do realizador audiovisual a supervisão artística sobre a produção da obra que cria. Para tanto, cumpre ao profissional não apenas contar com o material criado dentro daquela obra, mas é igualmente imperioso que material externo seja incorporado. É evidentemente notório que, em regra, tal utilização de

⁵ VICENTE, Dário Moura. Economia Criativa e Equilíbrio de Interesses no Direito Autoral. WACHOWICZ, Marcos (Coordenador). Direito Autoral & Economia Criativa. Curitiba: Gedai, 2015. Pág. 17.

material de titularidade de terceiros exige autorizações prévias. E, da mesma forma que tal exigência é compreendida e respeitada na prática, os limites à mesma deveriam ser igualmente compreendidos e respeitados, por sua igual importância. Não é o que ocorre e, portanto, pertinente a investigação.

Dito isso, repise-se ainda o contexto político brasileiro caracterizado por recorrentes tentativas nos últimos anos de reforma da legislação referente aos direitos autorais, o que culminou com a elaboração interna até mesmo no Ministério da Cultura de nova proposta para criação de projeto de lei, naturalmente postergada diante da atual conjuntura político-econômica nacional.

Ainda assim, ante as diretrizes expostas pelos representantes do Poder Executivo nacional brasileiro e pelas discussões travadas no âmbito da Comissão de Direitos Autorais da Organização Mundial da Propriedade Intelectual⁶, a temática segue em voga, envolvendo em urgência, pertinência e importância política o objeto ora analisado, apesar das precárias tentativas de sua desconsideração.

No que tange aos objetivos do presente estudo, repise-se que seu escopo principal remete-se à análise e compreensão dos impactos na realização audiovisual causados pela atual previsão acerca dos limites aos direitos autorais no sistema legislativo brasileiro, bem como secundariamente à busca por alguns primeiros passos no sentido de encontrar soluções plausíveis para o grave problema constatado na prática brasileira, almejando-se assim a eleição de critérios mínimos para orientar a tomada de decisões por parte de representantes dos três poderes no Brasil.

Como não podia se mostrar diferente, assumem-se alguns objetivos específicos a serem considerados. Um deles é o entendimento acerca das razões que impedem o avanço das propostas para reforma da Lei de Direitos Autorais brasileira, bem como o exame de sua recepção.

⁶ Para maiores informações, acessar o website da instituição em <<http://www.wipo.int/policy/en/sccr/>>.

Outro importante objetivo específico adotado é a análise do contexto da prática da atividade de realização audiovisual nacional, buscando-se a determinação de seu impacto, seu mecanismo de funcionamento e sua relevância social.

Da mesma forma, percebe-se como necessária a identificação e compilação de algumas decisões judiciais e casos recentes no que tangem aos próprios limites aos direitos autorais, para que então seja possível apontar padrões e determinar pontos críticos mínimos a serem considerados para a tomada de decisões e elaboração de regulamentações acerca da temática explorada.

Nessa trilha, mesmo diante da complexidade do tema de estudo e da constatação de poucas informações registradas especificamente acerca da relação entre a atividade de realização audiovisual no país e o afastamento da aplicação dos limites aos direitos autorais em sua prática diária, o método selecionado para a preparação dessa dissertação remete-se à revisão bibliográfica estendida.

Assim, pretende-se conferir todo o embasamento teórico necessário para a elaboração e construção do estudo através da análise de: referências bibliográficas atinentes aos temas examinados, tais como livros, artigos, periódicos e publicações digitais; pesquisa documental, tais como peças legislativas, acordos e tratados internacionais, documentos oficiais, resoluções e regulamentos; decisões judiciais com foco nas mais altas instâncias brasileiras; material jornalístico e posicionamentos públicos, prioritariamente fixados na via escrita.

Desse modo, resta abrangida a tradicional análise de referências bibliográficas atinentes à temática analisada, bem como pesquisa documental direcionada a partir da análise de peças jurídicas, textos legislativos e documentos oficiais.

Considera-se ainda, em igual medida, os ensinamentos proferidos durante as sessões do primeiro ano do já referido Mestrado Científico em Direitos Intelectuais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, além dos encontros em aulas e palestras recorrentemente ministradas nos últimos anos na Pós-Graduação em Direito do Entretenimento da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

Por fim, desde os primórdios desse estudo faz-se questão de deixar claro e cristalino que o presente trabalho não se reveste de pretensões narcisísticas ou ambições homéricas no sentido de esgotar o tema aqui eleito, levantar questões jamais antes discutidas ou panfletar acerca desse ou daquele posicionamento político-partidário.

Muito pelo contrário, pretende-se deixar evidente desde essas primeiras páginas que se busca aqui tratar de uma questão prática que - apesar da ênfase no mercado audiovisual brasileiro - vem impactando há anos a criação intelectual como um todo e indiscutivelmente limitando a atuação de agentes criativos dos mais diversos, sejam escritores, roteiristas, diretores, produtores, músicos ou tantos outros.

Exatamente por conta disso, almeja-se discorrer sobre a temática com foco prático e inteligível, fazendo-se o uso de linguagem clara e acessível, facilmente compreensível por eventuais leitores externos ao âmbito jurídico, prezando-se pela objetividade e concisão muitas vezes superadas em trabalhos acadêmicos, optando-se aqui por evitar até mesmo grandes digressões históricas acerca de elementos ora comentados, tudo no intuito de permitir acesso amplo ao que ora se discute.

Uma discussão que se levanta justamente em um contexto de crise político-institucional sem precedentes no país, com infundáveis e consecutivos escândalos atrelados à corrupção nas mais diferentes esferas da sociedade. Um momento no qual arte e direitos intelectuais sofrem pela mencionada e recorrente estratégia do descaso, somado a um falso sentimento de desimportância da temática diante de questões outras supostamente mais vitais para o bom desenvolvimento social, como se cultura, memória e conhecimento não se caracterizassem com requisitos indispensáveis para a formação de uma identidade social minimamente digna.

Portanto, é diante desse contexto e considerando tal realidade prática narrada nessas primeiras páginas que se adentra finalmente nos pormenores desse estudo acerca da insegurança jurídica notada no cotidiano da realização cinematográfica no Brasil.

- II -

A REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA

II) A REGULAMENTAÇÃO BRASILEIRA

Após as necessárias considerações introdutórias a esse estudo, mostra-se cogente a análise ainda que não exaustiva do sistema de direitos autorais brasileiro, residindo sua importância como forma de esclarecer questões fundamentais que não poderiam restar obscuras em qualquer hipótese, sob pena de temíveis interpretações equivocadas daquilo que se tenta aqui construir.

Assim sendo, parece imprescindível que algumas conceituações e regulamentações sejam expressas, de forma a alinhar e afinar entendimentos em uma área de atuação extremamente arenosa para muitos, inclusive para representantes do governo envolvidos diretamente com a temática.

a) Considerações sobre os Direitos Autorais no Brasil

Dessa forma, iniciam-se esses primeiros esclarecimentos através de uma breve análise acerca da propriedade intelectual⁷, conceito que, em sentido amplo, encontra-se no Artigo 5º, Incisos XXVII a XXIX, da Constituição Federal de 1988, trazendo o referido Inciso XXVII a seguinte previsão:

“aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”

Cabe assim ao autor da obra ou ao titular de direitos autorais, independente de ser a obra cinematográfica, o poder de definir a destinação que lhe for conveniente, não devendo quaisquer terceiros interferir nos direitos de usar, publicar ou reproduzir a obra, salvo mediante autorização.

⁷ O termo “propriedade intelectual” abrange tanto os direitos autorais quanto o direito de propriedade industrial, contudo a doutrina muitas vezes utiliza o referido termo para tratar de apenas um ou outro ramo específico, devendo-se caminhar com cautela ao proceder à atividade interpretativa em cada situação enfrentada.

Tal consideração, em conjugação com o Inciso IX, também do artigo 5º da Constituição de 1988⁸, faz perceber-se que tal obra deverá exprimir a atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação do autor, incluindo-se assim, por exemplo, suas obras literárias, musicais e audiovisuais.

Nota-se igualmente a possibilidade de transmissão de tais direitos aos herdeiros, sejam eles legítimos ou testamentários, devendo-se, para tanto, observarem-se os prazos previstos pela legislação especial, conforme se demonstrará em ocasião apropriada.

Por outro lado, o Artigo 5º, em seu Inciso XXIX⁹, trata da propriedade industrial, espécie que, embora não constitua objeto relevante no presente estudo, deve ser citada para a garantia do completo entendimento do tema abordado.

Afinal, tanto o direito de propriedade industrial quanto os direitos autorais possuem regulamentação específica, a ser posteriormente ressaltada, sendo suficiente para o presente momento a indicação didática aparentemente simplória segundo a qual os direitos autorais encontram-se relacionados a um conceito de originalidade relativa, enquanto que o direito de propriedade industrial se volta mais para uma relação de inovação e utilidade.

Igualmente, a partir dos conceitos relativos à propriedade em geral, deve-se, conseqüentemente, encarar a propriedade intelectual como um instrumento garantidor do justo direito de os autores perceberem as vantagens advindas das criações de seu intelecto, ou seja, nada mais do que conceder a remuneração por uma atividade suficientemente realizada, especialmente quando tal atividade assume o condão de poder beneficiar toda uma coletividade.

⁸ Artigo 5º, inciso IX, CF/88: *“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”*

⁹ Artigo 5º, inciso XXIX, CF/88: *“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”*.

Neste sentido, a propriedade intelectual pode ser entendida como o direito de propriedade privada exercido sobre um bem imaterial, considerado como coisa móvel pela Lei de Direitos Autorais, fruto da criação do intelecto de qualquer indivíduo, desde que, logicamente, preenchidos os requisitos legais pertinentes, dos quais se trata a seguir.

Além disso, a propriedade intelectual, como direito à propriedade, encontra-se diretamente ligada aos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, conforme defendido no presente estudo, posto que não representaria grande significado para um indivíduo a propriedade se antes não lhe fossem garantidos bens fundamentais, como seu próprio direito à vida, assim como poderia restar reprimida a atividade criativa a partir do momento em que a liberdade fosse violada, exemplo este comprovado pela análise de determinados períodos de demência política ocorridos na história brasileira.

A título ilustrativo, sobre tais mencionados períodos - mas trazendo o foco para nossa limitada área de atuação e evitando-se adentrar nas conhecidas barbáries ocorridas na época - mostram-se interessantes as palavras de Cacá Diegues, renomado cineasta brasileiro, em sua obra "Vida de Cinema - Antes, Durante e Depois do Cinema Novo", ao narrar o envio de seu então novo filme, "Os Herdeiros", para análise prévia por parte do Governo brasileiro, no ano de 1969. Segundo o cineasta:

"Quando finalmente enviamos o filme à censura federal, o primeiro veredicto foi de interdição total. Os Herdeiros estava proibido em todo o território nacional. Começava, para mim, um dos piores momentos de minha vida.

la a Brasília quase toda semana tentar convencer os censores, negociar cenas e diálogos, procurar um jeito de liberar o filme. Na época, os cineastas brasileiros praticavam várias estratégias para lidar com a censura. A mais comum era a do "boi de piranha", uma cena filmada para atrair a atenção da censura e distrair seu olhar para o resto do filme. Os censores se chocavam com a cena, exigiam

seu corte e assim ficavam supostamente saciados. Como nunca consegui me adaptar ao método, restava-me tentar conquistar no papo a boa vontade deles.

Fiquei conhecendo pessoalmente quase todo o corpo de censores e ouvi barbaridades. Um me disse que, com a vitória do que chamavam de 'revolução' (o golpe militar), era preciso agora ir a São Borja desenterrar o corpo de Getúlio Vargas e fuzilá-lo em praça pública. E quanto mais os ouvia, mais me desesperava da possibilidade de liberar o filme."¹⁰

De fato, acontecimentos que, embora jamais assumam o condão de impedir de maneira absoluta a criação de novas obras, certamente restringem sua produção a número ínfimo se compara àquele que poderia ser alcançado.

Entretanto, feita essa digressão, retorna-se ao assunto da propriedade intelectual para, de forma complementar, mostrar as relevantes palavras de José Afonso da Silva, posto que:

"A CF trouxe novidade conexa com o tema que nos ocupa aqui, ao envolver nele obras de comunicação, como as produções radiofônicas e televisivas. A norma do art. 5º, XXVIII, se liga a isso, mas não só a isso, porque também as obras literárias e outras, ao assegurar, nos termos da lei: (a) proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; (b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem, aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas. Por certo que aí se tenta proteger, por exemplo, o direito dos participantes em obras como telenovelas e semelhantes que, vendidas para reapresentações até no

¹⁰ DIEGUES, Cacá. Vida de Cinema: Antes, Durante e Depois do Cinema Novo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014. Pág. 254.

exterior, reproduzem imagem e voz sem remuneração ulterior. Tenta-se evitar que a produtora se enriqueça com reproduções sucessivas, pagando uma só vez.”¹¹.

Observe-se que não se deve interpretar tal trecho de forma a reprimir o intuito de lucro dos titulares de direitos, até mesmo porque esse se constitui muitas vezes como requisito fundamental de sobrevivência dentro de um mercado capitalista, caso contrário não se justificariam suas atividades e igualmente não seria possível sua manutenção na voraz indústria do entretenimento. Muito pelo contrário. Não se aponta problema algum no fato de titulares de direitos de autor - sejam eles originários ou derivados - perseguirem a obtenção de lucro em cima de diversas reproduções, sejam elas consecutivas ou não. O que se procura é apenas o equilíbrio.

Seguindo adiante ainda no que tange à propriedade intelectual, destaque-se que o termo, segundo a própria Organização Mundial de Propriedade Intelectual, refere-se às criações do intelecto: invenções; obras literárias e artísticas; símbolos; nomes; imagens; desenhos, projetos e modelos utilizados pelo comércio¹², envolvendo tal definição não só os direitos de autor, mas também seus direitos conexos e os direitos da propriedade industrial. Sobre essa abrangência da propriedade intelectual, o Superior Tribunal de Justiça, já em 1997, julgava que

“I- todo ato físico literário, artístico ou científico resultante da produção intelectual do homem, criado pelo exercício do intelecto, merece a proteção legal, o logotipo, sinal criado para ser o meio divulgador do produto, por demandar esforço de imaginação, com criação de cores, formato e modo de veiculação, caracteriza-se como obra intelectual.

¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2ª. Edição. Editora Renovar, 1997. Pág. 277.

¹² Tradução livre para o trecho: “Intellectual property refers to creations of the mind: inventions, literary and artistic works, and symbols, names, images, and designs used in commerce”, disponível em <<http://www.wipo.int/about-ip/en>>.

II- sendo a logomarca tutelada pela lei de direitos autorais, são devidos direitos respectivos ao seu criador, mesmo ligada a sua produção a obrigação decorrente de contrato de trabalho.

III- a norma jurídica de eficácia contida, embora dependa em parte de regulamentação, produz efeitos de imediato, ate que o regulamento venha para limitar o seu campo de atuação.”¹³.

Dito isso, pode-se apontar que a propriedade intelectual deve, por se constituir como espécie de propriedade, seguir a ordem constitucional e atender a sua função social, apresentando as características de um instrumento de efetivação do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, além de garantir a observância do equilíbrio entre os direitos autorais e direitos como os referentes à cultura, à educação, ao lazer, à informação, ao conhecimento, à saúde e ao meio ambiente, sem se perder de vista a aplicação do princípio da razoabilidade em cada caso, procurando sempre evitar que injustiças sejam cometidas, seja em relação ao autor, seja em relação à sociedade.

Apenas à título ilustrativo, pode-se nesse momento levantar a discussão acerca da (in)coerência em se impor a determinador autor, contra a sua vontade, mas em nome de interesses da sociedade, a obrigação de reeditar e republicar determinada obra literária escrita em tempos outros, especificamente quando não se sabe se continuam sendo as mesmas as correntes de pensamento antes defendidas pelo autor.

Do mesmo modo, a aplicação do princípio da função social à propriedade intelectual não pode ser vista como simplesmente um confronto entre o interesse do criador e o interesse social, elegendo-se no plano abstrato um vencedor e um perdedor, sob pena de restar desvirtuada tanto a propriedade intelectual quanto o atendimento a sua função social. Ambos os conceitos devem ser trabalhados de maneira harmoniosa, garantindo-se que o conhecimento humano seja aplicado em benefício de um bem maior coletivo, mas resguardados os direitos de o criador perceber tudo aquilo que lhe é devido por lei, incentivando-se o gênio inventivo humano.

¹³ STJ, REsp. nº 57.449/RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 24jun.

De qualquer forma, nada mais plausível do que, em pleno Século XXI, direcionar o conhecimento humano também de acordo com as necessidades sociais, assim como encaminhar a propriedade intelectual para que se cumpra igualmente a sua finalidade pública.

Assim, cumprir a função social da propriedade não significa impor ao criador que abra mão de direitos seus. Significa, salvo melhor juízo, que o criador, através da criação de seu espírito materializada, deverá também se atentar para o desenvolvimento social dos demais seres humanos, legitimando-se ao mesmo tempo seu direito à propriedade.

Neste sentido, cita-se como exemplo um fato ocorrido no campo da propriedade industrial, visto que a famosa ocorrência da “quebra de patente” relativa a medicamentos utilizados para o combate ao vírus HIV e à AIDS traduziu-se como conduta mais do que oportuna quando contrabalançados os direitos de propriedade intelectual e a necessidade de cumprimento de sua função social.

Entretanto, repise-se, não se pretende aqui flexibilizar absolutamente direitos a ponto de descaracterizar a propriedade intelectual e seus imprescindíveis atributos, posto que iria na contramão da busca pelo mencionado equilíbrio, correndo-se o risco de dismantelar o instituto e prejudicar indevidamente os interesses e o próprio incentivo ao criador.

Afinal, não parece razoável e sequer em consonância com as necessidades contemporâneas relativizar os direitos à propriedade intelectual no sentido de impor e obrigar criadores a disponibilizarem suas obras indiscriminadamente, despindo-os do poder de exigir a devida contraprestação em casos especificados na lei, sob a alegação de que direitos à informação, cultura, lazer, conhecimento, educação, saúde e meio ambiente estariam sempre em patamar superior ao patamar da propriedade intelectual.

Desta sorte, a propriedade intelectual cumpre sua função social a partir do momento em que representa desenvolvimento e progresso para o bem-estar da sociedade, bem-estar este considerado dentro dos diversos campos atrelados à coletividade, como

saúde, meio ambiente, tecnologia, cultura, lazer ou entretenimento, garantindo-se sempre um equilíbrio razoável entre os interesses sociais e individuais. Pertinentes aqui se fazem as palavras de Marisa Gandelman, pois

“Ao reconhecer um direito de propriedade a um indivíduo, a sociedade entende estar premiando alguém, mas em defesa do interesse da própria sociedade que é justamente o de estimular pessoas criativas a produzirem novas obras artísticas e inovações técnicas, para que todos possam delas se beneficiar.”¹⁴.

Por fim, interessante concluir a exposição concernente à propriedade intelectual com o raciocínio também elaborado pela mencionada autora, segundo a qual, de maneira muito esclarecedora e extremamente satisfatória para o deslinde de eventuais questões suscitadas em relação ao tema introduzido, ensina que:

“A agenda da propriedade intelectual é determinada pela estrutura do conhecimento. E jamais fez parte dessa agenda a discussão sobre a inexistência de uma justificativa para a apropriação individual do produto da mente humana, ou do conhecimento que, via de regra, é criado a partir do conhecimento pré-existente e disponível, acumulado ao longo dos anos, e que faz parte de um domínio comum de toda a sociedade. O entendimento de que não há maneira mais eficiente de premiar aquele que cria do que reconhecê-lo como titular de um direito absoluto sobre sua obra, se tornou hegemônico e colocar esse conhecimento em dúvida ameaça toda a estrutura do conhecimento. A inexistência de um titular de um direito de propriedade sobre uma inovação torna livre o acesso a ela, bem como sua utilização. O que é o mesmo que dizer que não havendo um proprietário, o bem intelectual pertence a todos, está disponível e não existe conflito ou disputa no que se refere ao acesso a ele, portanto,

¹⁴ GANDELMAN, Marisa. *O Poder do Conhecimento na Economia Política Global: O Regime Internacional da Propriedade Intelectual, da sua Formação às Regras de Comércio Atuais*. Rio de Janeiro/RJ. Maio de 2002. Dissertação de Mestrado - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pág. 66.

não há manifestação de um poder capaz de determinar quem tem acesso e quem será excluído.”¹⁵.

Nessa trilha, cumpre inicialmente recordar a notória proteção aos direitos autorais pela Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988 e por distintos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, conforme adiante referido.

Ao se tratar da Constituição Federal brasileira, no que se concerne ao capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, dentro do título que trata dos direitos e garantias fundamentais, repise-se, agora com maior destaque, ser possível perceber que:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;"¹⁶

¹⁵ Ibid. Pág. 68.

¹⁶ Para acesso à íntegra da Constituição Federal de 1988, recomenda-se o acesso ao site do Palácio do Planalto, no link <<http://www2.planalto.gov.br>>, ou diretamente ao link <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Apesar da inegável importância sobre tal proteção constitucional, é ainda comum na prática uma interpretação desvinculada e isolada do sistema de direitos autorais, conforme se pretende demonstrar a seguir.

Entretanto, como não poderia ser diferente, é farta a doutrina que discorre sobre a pertinência das referidas previsões, como é o caso, por exemplo, de Alexandre de Moraes, em sua obra "Direitos Humanos Fundamentais", informando que *"A Constituição Federal prevê no inciso XXVII, de seu art. 5º, o direito de propriedade imaterial, uma vez que protege os direitos sobre a utilização, publicação ou reprodução de obras artísticas, intelectuais ou científicas"*, para então aduzir que:

"A proteção constitucional abrange o plágio e a contrafação. Enquanto o primeiro caracteriza-se pela difusão de obra criada ou produzida por terceiros, como se fosse própria, a segunda configura a reprodução de obra alheia sem a necessária permissão do autor.

*A própria norma constitucional já prevê, expressamente, a possibilidade de fiscalização, por parte dos autores, do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem, nos termos do art. 5º, XXVIII, b."*¹⁷

Parecem também interessantes e igualmente oportunas as considerações de Thaís Carnieletto Muller e Grace Kellen de Freitas Pellegrini, em sua pesquisa "A Propriedade Intelectual e sua Importância Cultural no Brasil: Aspectos Constitucionais e Legislativos", da qual tratam das previsões legais acerca da propriedade intelectual ante sua relevância para o desenvolvimento econômico e social atual. Assim, as autoras defendem que:

"A inclusão dos Direitos de Propriedade Intelectual no artigo 5º da Constituição, fomenta o progresso tecnológico e protege o autor/inventor das inovações (que envolvem a expressão criativa); regulando e articulando o desenvolvimento

¹⁷ MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. Pág. 182.

tecnológico/mercadológico, e garantindo o acesso do público à informação cultural/tecnológica gerada. Essa foi a forma que o constituinte utilizou para tentar diminuir a tensão entre os interesses comerciais do titular dos Direitos de Propriedade Intelectual e os interesses públicos (ao desenvolvimento, à saúde, à concorrência leal, etc).

O fomento à atividade criativa e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico e tecnológico do Brasil está condicionado ao atendimento da garantia de desenvolvimento nacional, mas para isso, tanto os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, quanto os operadores do Direito e os agentes econômicos devem se comprometer com a sua efetivação."¹⁸

Na mesma toada, com linguagem ainda mais emblemática, Rodrigo Moraes, professor da Universidade Federal da Bahia, ensina que é justamente a Carta Magna que deve iluminar toda a interpretação da legislação infraconstitucional que rege a temática dos direitos autorais. Segundo o professor:

"Da mesma forma, o autoralista não pode esquecer, jamais, de conectar as normas e princípios do direito autoral na normatividade constitucional, fazendo com que esse ramo do direito esteja a serviço dos direitos e garantias fundamentais."¹⁹

De todo modo, não parece ser isso o que ocorre no mercado audiovisual e, diga-se de passagem, talvez no mercado como um todo. Afinal, as críticas à desvinculação da própria Lei de Direitos Autorais com relação à Constituição Federal de 1988 são frequentes e apontam para diversos fatores.

¹⁸ MULLER, Thaís Carnieletto e PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. A Propriedade Intelectual e sua Importância Cultural no Brasil: Aspectos Constitucionais e Legislativos. In: WACHOWICZ, Marcos (Coordenador). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: GEDAI, 2014. Pág. 170.

¹⁹ MORAES, Rodrigo. Direito Fundamental à Temporalidade (Razoável) dos Direitos Patrimoniais de Autor. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (coordenador). Direito de Autor e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 255.

Por exemplo, ao tratar dos prazos de proteção aos direitos autorais, Sérgio Amadeu se insurge para defender se mostrar como injustificado absurdo a previsão de proteção por 70 anos após a morte do autor, notadamente quando a justificativa apontada para tanto é o incentivo à criatividade, fato que será retomado adiante. Para Sérgio Amadeu, *"Nem Brás Cubas, o mais célere defunto-autor, concordaria com tal incoerência"*²⁰.

A motivação para a efervescência dos conflitos que se percebem atualmente, contudo, não guarda grandes segredos e se remete no Brasil diretamente ao desenvolvimento tecnológico percebido desde meados da década de 1990, em descompasso com a então aprovação da então nova Lei de Direitos Autorais, nascida sem dúvidas já desatualizada e ultrapassada em seu tempo.

É nesse mesmo sentido que professores do Centro de Tecnologia e Sociedade da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, na obra *Direitos Autorais em Reforma*, já alertavam para a necessidade de adequação entre a Lei de Direitos Autorais e o contexto tecnológico contemporâneo, como se observa da breve passagem abaixo:

*"Mas vivemos também tempos de incerteza. O direito autoral é um ramo razoavelmente recente dentro da ciência jurídica. Forjado entre os séculos XVIII e XIX, consolidou-se no século XX, valendo-se de modelos de negócio que dependiam da materialidade do suporte (como livros em papel e fitas VHS, entre outros). Com o advento da internet e da cultura digital, as certezas foram abaladas, os intermediários tornaram-se muitas vezes dispensáveis e agora a indústria cultural precisa se reinventar para sobreviver. Não é a primeira vez que isso acontece e provavelmente também não será a última."*²¹

²⁰ AMADEU, Sergio. In: Sant'Anna, Affonso Romano de. *O Futuro Do Livro: Sessenta Visões*. São Paulo: Ipsis Grafica e Editora, 2007. Pág. 53.

²¹ CTS. *Direitos Autorais em Reforma*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011. Pág. 22.

Sob essa ótica, considerando a promulgação de um dispositivo absolutamente desatualizado desde seus primeiros respiros, bem como atentando-se para a atual conjuntura tecnológica global, é que se deve analisar a Lei de Direitos Autorais²².

Conforme já referido anteriormente, a regulamentação infraconstitucional acerca dos direitos autorais no Brasil é realizada pela mencionada Lei de Direitos Autorais, a Lei Federal nº 9.610, de 19 de fevereiro do ano de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

Nesse compasso, importante ater-se à proposta inicial de fazer referência à disciplina legal pertinente à temática, expondo-se claramente a legislação especial aplicável atualmente em território nacional.

Portanto, em apanhado geral, nota-se que, no âmbito internacional, levando em consideração os atos multilaterais que se encontram em vigor no Brasil, destacam-se a Convenção de Roma²³, a Convenção de Berna²⁴ e a Convenção Universal sobre Direito de Autor²⁵.

Na ordem interna, a Constituição Federal estabelece-se, logicamente, como alicerce fundamental a ser adotado, conforme defendido anteriormente. Quanto à legislação especial sobre o tema, hoje é aplicável a igualmente já referida Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, atual Lei de Direitos Autorais, que sucedeu a Lei nº 5.988/73, revogando-a em quase sua totalidade, com exceção de seu Artigo 17 e Parágrafos 1º e 2º²⁶, que tratam do registro da obra intelectual. Interessante, por fim, citar a

²² Há que se recordar nesse ponto, à título ilustrativo, que, à data da promulgação da vigente Lei de Direitos Autorais brasileira, os downloads de obras músicas ainda eram inferiores à venda de CDs e que *Youtube* e *Facebook*, plataformas extremamente novas de compartilhamento de conteúdo, sequer existiam. A realidade foi alterada em pouquíssimo tempo, enquanto a legislação se manteve a mesma.

²³ Foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 57.125/65 e dedica-se a proteger os artistas intérpretes ou executantes, os produtores de fonogramas e os organismos de radiodifusão.

²⁴ Foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 75.699/75 e dedica-se a proteger as obras literárias e artísticas.

²⁵ Foi incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 76.905/75 e dedica-se a garantir um regime adequado e uniformizado para a proteção do direito de autor.

²⁶ Artigo 17, Lei nº 5.988/73: “Art. 17. Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de

inteligência da Lei nº 6.533/78, que regulamenta a profissão de artista e de técnico em espetáculos de diversões, notadamente seu artigo 13²⁷.

Desta maneira, os estudos aqui conduzidos fundamentam-se principalmente a partir da Lei nº 9.610/98 e diplomas internacionais, embora sejam imprescindíveis algumas referências a dispositivos constantes de fontes outras, sempre com a devida indicação.

Dito isto, é semelhantemente importante esclarecer, embora de forma sucinta, questão referente à terminologia adotada, uma vez que a doutrina costuma dispensar certa atenção ao assunto.

Primeiramente, deve ser rapidamente explicada a diferenciação existente entre o termo direitos autorais e o termo direito de autor, não obstante muitas vezes sejam utilizados com similitude de significado. Com esse intuito, interpretação simples da Lei de Direitos Autorais permite entender que o termo direitos autorais possui maior abrangência, abarcando não só o chamado direito de autor, mas também aqueles direitos a ele conexos. Em consequência, direito de autor refere-se a uma visão estrita, marcada pelo ineditismo da obra derivada da criação do intelecto humano²⁸.

Ainda assim, ressaltam-se os diversos nomes designados para a representação do direito de autor no decorrer da história e, da mesma maneira, ainda persiste atualmente alguma divergência neste contexto. Segundo Carlos Alberto Bittar, o direito de autor já recebeu a denominação de *“propriedade literária, artística e científica”*, *“propriedade imaterial”*, *“direitos intelectuais sobre obras literárias e artísticas”*, *“direitos imateriais”*, *“direitos sobre bens imateriais”* e *“direitos de criação”*,

Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

§ 1º Se a obra for de natureza que comporte registro em mais de um desses órgãos, deverá ser registrada naquele com que tiver maior afinidade.

§ 2º O Poder Executivo, mediante Decreto, poderá, a qualquer tempo, reorganizar os serviços de registro, conferindo a outros Órgãos as atribuições a que se refere este artigo.”.

²⁷ Artigo 13, Lei nº 6.533/78: *“Art. 13 - Não será permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais.*

Parágrafo único - Os direitos autorais e conexos dos profissionais serão devidos em decorrência de cada exibição da obra.”.

²⁸ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras Privadas, Benefícios Coletivos: A Dimensão Pública do Direito Autoral na Sociedade da Informação*. São Leopoldo/RS. 2006. Tese de Doutorado – Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

sendo que modernamente ouve-se mais falar em “*direito autoral*”, “*direitos de autor*” e “*direito de autor*”²⁹.

Igualmente importante ressaltar de forma breve a distinção existente entre o sistema de direitos autorais, aplicado no Brasil, e o sistema de *copyright* do direito anglo-saxão, utilizado principalmente nos Estados Unidos da América. A diferença fundamental percebida pode ser resumida, mais uma vez de forma simples e didática, pela análise do componente protegido por cada um dos sistemas em tela, posto que o direito autoral parece preocupar-se especialmente com o sujeito que exerce a atividade criativa, enquanto que o *copyright* parece assumir como foco maior de proteção o objeto da criação, qual seja, a própria obra, gerando consequentes e inevitáveis tratamentos distintos. Portanto, o sentido desta elucidação repousa basicamente na necessidade de esclarecer ser incorreta a aplicação do termo *copyright* ao direito brasileiro, devendo-se falar apenas em direitos autorais no âmbito nacional.

b) A Lei de Direitos Autorais

Ainda sob o direcionamento de esclarecer fundamentos básicos para a esmerada compreensão e interpretação desse estudo por agentes atuantes nos mais diversos segmentos privados e públicos, adentra-se nas especificidades da comentada Lei de Direitos Autorais para recordar-se que, ao regular os direitos autorais, a mesma abarca no conceito previsto em seu Artigo 1º os direitos de autor e os que lhes são conexos³⁰, conforme há pouco destacado. Sobre o ponto, Sérgio Branco é preciso ao delinear que:

"Os direitos autorais seriam, portanto, gênero, do qual os direitos de autor e os direitos conexos seriam espécies. Os direitos de autor são, assim, aqueles conferidos ao criador da obra literária, artística ou científica. Já os direitos conexos são os detidos pelos artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos ou empresas de

²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pág. 09.

³⁰ Prevê o Artigo 1º que "*Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos*".

radiodifusão, aos quais são conferidos os mesmos direitos atribuídos aos autores, no que couber.

*Desde logo, é importante esclarecer que a obra intelectual protegida se distingue do suporte físico em que se encontra eventualmente incorporada. A doutrina usualmente chama a obra intelectual de *corpus mysticum*, enquanto que ao bem físico se costuma atribuir a denominação de *corpus mechanicum*. Dessa forma, a LDA visa a proteger a obra intelectual, não seu suporte. A aquisição de um livro, por exemplo, confere a seu proprietário todos os direitos de propriedade sobre bens móveis: poderá ele vender, doar, abandonar ou destruir seu bem. No entanto, o mesmo proprietário do livro gozará, quanto ao texto contido no livro (a verdadeira obra intelectual), direitos distintos dos direitos de propriedade, na extensão que lhe tenham sido outorgados pela lei ou pelo titular."*³¹

Seguindo adiante nesse exercício de esclarecimento prévio, em seus Artigos 7º³² e 8º³³ a lei brasileira enumera quais seriam as obras intelectuais protegidas e quais seriam

³¹ BRANCO, Sérgio. O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro: Uma Obra em Domínio Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Pág. 39.

³² "Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

aquelas consideradas como não merecedoras de maior proteção. Dentre as obras protegidas, há que se destacar o rol meramente exemplificativo, conforme indicação do próprio *caput* do referido Artigo 7º. Destaque-se, de acordo com o caminho aqui eleito, o Inciso VI, que expressamente protege as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas - que, mais uma vez fazendo uso de apontamentos simplificados, seria basicamente a obra audiovisual que se destina primeiramente à exibição nas salas de cinema.

Dito isto, conforme o Artigo 7º da Lei de Direitos Autorais, são obras intelectuais protegidas as *“criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”*.

Assim, em primeiro momento, deve a criação do espírito humano estar expressa, distanciando-se do nível das ideias. Nas palavras do professor José de Oliveira Ascensão:

“I – Criações do espírito são as idéias.

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

§ 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.”

³³ *“Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:*

I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.”

Mas sustenta-se categoricamente que não há propriedade ou exclusividade de idéias. As idéias, uma vez concebidas, são patrimônio comum da humanidade. É inimaginável um sistema em que as idéias de alguém fossem restritas na sua utilização.

O problema tem grande importância prática. Certos países, e a antiga União Soviética em primeiro lugar, buscaram por meios indiretos a proteção dos inventores ou autores de descobertas científicas.

Esta posição suscitou porém reações tão vastas que nenhum progresso foi durante longos anos obtido.”³⁴.

Resta ainda enfatizar que essa expressão da criação do espírito faz-se por qualquer meio ou pode estar fixada em qualquer suporte. Quanto à fixação em suporte material, sua compreensão é alcançada por meio da exigência de transporte do plano das ideias para o plano da criação concreta, sendo que a fixação material corresponde a fato incontroverso de que não se trata mais de pura ideia. Da mesma forma, indica Carlos Alberto Bittar que as obras também podem exteriorizar-se através de:

“(...) palavra oral (discurso, conferência, aula, palestra) ou escrita (livro, artigo, verbete), gestos (mímica, pantomima, gesto, coreografia), sinais ou traços (desenho, mapa), sons (melodia, ópera, obra radiofônica), imagens (filme, videofilme, show, novela), figuras (pintura, escultura, arquitetura) e pela combinação de um ou mais meios de expressão (obra teatral, cinematográfica e radiofônica).”³⁵

Assim, entendem-se como requisitos para a proteção da obra intelectual a presença de originalidade e a existência de cunho estético, descartando-se eventuais juízos valorativos subjetivos sobre a obra.

³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, P. 28.

³⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pág. 24.

Apenas à título de elucidação, pertinente avaliar igualmente as características necessárias para que um sujeito seja considerado como o autor³⁶ de uma obra. O próprio Artigo 11³⁷ da Lei de Direitos Autorais define o autor como sendo a pessoa física criadora da obra, seja essa artística, literária ou científica.

Contudo o termo autor pode agregar mais de um significado, indicando, em algumas ocasiões, não o criador intelectual da obra, mas também aquele que se encontra investido em sua titularidade, de forma originária ou derivada³⁸, conforme se vem trabalhando aqui. Nesse mesmo sentido, segundo Carlos Alberto Bittar:

*“Originariamente, pois, o título jurídico que sustenta o Direito em causa é a criação, mas, pode ocorrer, ainda, a assunção, por terceiros, de certos direitos, por vias derivadas, a saber, por lei (vínculo sucessório), ou por vontade do autor (vínculo contratual). Por princípio, pois, o suporte fático do Direito é a criação.”*³⁹

Nessa toada, o ponto de maior relevo a ser aqui ressaltado diz respeito à inteligência dos Artigos 16 e 17, ambos da Lei de Direitos Autorais, cabendo nesse momento afirmar que a Lei expressamente determina serem coautores da obra audiovisual o diretor - também conhecido na prática como realizador - e o autor do argumento, seja este literário, musical ou lítero-musical, sendo esse representado, no caso da obra cinematográfica, pela figura do roteirista⁴⁰. No caso de desenho animado, serão também considerados coautores os criadores dos desenhos utilizados na obra

³⁶ Para maior aprofundamento sobre tal conceituação e as questões que dela se originam, recomenda-se, dentre distintas análises, a leitura da Seção I, do Capítulo II, do Título I, da Parte II, da obra "Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos", do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão.

³⁷ Diz a Lei que "Art. 11 Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei."

³⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 69.

³⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pág 32.

⁴⁰ O produtor não é considerado como autor da obra cinematográfica pela legislação atual, embora na prática seja ele o titular de direitos patrimoniais, o que se determina a partir da assinatura de diferentes instrumentos contratuais.

audiovisual. Ante a importância da temática, pertinente reproduzir-se a inteligência de tais dispositivos:

"Art. 16. São co-autores da obra audiovisual o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor.

Parágrafo único. Consideram-se co-autores de desenhos animados os que criam os desenhos utilizados na obra audiovisual.

Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.

§ 1º Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada.

§ 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva.

§ 3º O contrato com o organizador especificará a contribuição do participante, o prazo para entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução."

Assim, adiantando-se na análise legislativa, o ordenamento jurídico brasileiro confere a esse comentado autor da obra direitos subjetivos diversos, logicamente relacionados à obra criada. Através do estudo da Lei de Direitos Autorais, notadamente em seu Título III, observa-se a classificação desses direitos do autor em duas segmentações distintas, quais sejam, os direitos patrimoniais e os direitos morais.

Inicialmente, já no Capítulo II de tal Título III, a Lei de Direitos Autorais apresenta os chamados "direitos morais de autor"⁴¹. Especificamente em seu Artigo 24, determina a lei brasileira que:

⁴¹ Sobre a temática e sua nomenclatura, recomenda-se a remissão à obra Direito Autoral, do professor José de Oliveira Ascensão, especificamente em sua página 129, posto que chama

"Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

atenção para a falta de técnica na determinação de tal terminologia "direitos morais", sugerindo o uso mais adequado da expressão "direitos pessoais".

*§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem."*⁴²

Em relação aos direitos morais, ressalte-se, inicialmente, representarem eles o vínculo existente entre o autor criador e a obra, nascendo em conjunto com a obra e caracterizando-se por sua inalienabilidade e irrenunciabilidade, resguardada a possibilidade de sucessão de alguns desses direitos. E, ainda segundo os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar, possuem como características fundamentais a pessoalidade, a perpetuidade, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade⁴³.

Nessa trilha, imprescindível destacar a pertinência específica de dois dos dispositivos acima citados para o presente estudo, quais sejam, o Inciso II e o Inciso IV. De início, remete-se ao Inciso II de tal Artigo 24 para fazer evidente o fato de que, ainda que aplicável qualquer dos limites aos direitos autorais na prática - que em regra se voltam muito mais para os direitos patrimoniais de autor do que para os direitos morais -, faz-se necessária a devida indicação da autoria da obra, dentro da razoabilidade e das possibilidades da obra nova criada.

Em outras palavras, sendo cabível a inserção de obra pré-existente em obra audiovisual nova, caberá ainda assim aos responsáveis à inserção dos devidos créditos, exatamente como se faz com as obras pré-existentes expressamente autorizadas, por muitas vezes indicando-se a autoria ao final da obra audiovisual.

Em seguida, aponta-se o Inciso IV do Artigo 24 para destacar o legítimo interesse do autor em proteger sua obra de modificações e atos relacionados à sua obra e que possam macular sua reputação ou honra. A título ilustrativo, pode-se levantar, por exemplo, o caso advindo de recente acontecimento na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América.

Ocorre que, como forma de protesto e afirmação dos ideais feministas de determinado grupo daquela cidade, foi encomendada e posicionada uma estátua denominada

⁴² Redação do Artigo 24 da Lei nº 9.610/98.

⁴³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pág. 48.

"Fearless Girl"⁴⁴, representada por uma criança - uma menina, no caso - com seus braços encostados em sua cintura, de peito aberto, como quem enfrenta algo.

O fato que traz à tona esse exemplo, entretanto, se refere ao local no qual foi instalada a obra de arte: exatamente em frente à famosa estátua do "Charging Bull", touro que fica localizado no distrito de Wall Street.

Acontece que Arturo Di Modica, escultor e autor da obra, ao tomar ciência do ocorrido, manifestou-se abertamente sobre aquilo que considerou como uma manifesta violação à sua criação. Segundo o autor, a escultura foi criada há décadas com o propósito de representar força e otimismo diante de severas crises no mercado de valores, jamais representar um possível ataque à uma jovem criança.⁴⁵

Parece óbvio, ainda assim, que não é qualquer hipótese que deverá acarretar a aplicação de tal dispositivo na prática, sendo necessário julgamento atencioso a cada caso concreto. Salvo melhor juízo, a simples inserção de uma obra pré-existente em obra nova não tende a ensejar tal aplicação, salvo se comprovada diante do caso específico.

Nesse mesmo sentido, mencione-se, de passagem, mais uma vez a absoluta ausência de tato e aptidão técnica no que tange à inserção de conceitos abstratos, como é o caso do uso de termos como "reputação" e "honra" em contexto isolado e sequer direcionado. Abre-se mais uma perigosa lacuna aqui para pleitos dos mais absurdos, a serem julgados por um Poder Judiciário ainda em formação e que muitas vezes trata com descaso matérias referentes aos direitos autorais.

Dito isso, é, todavia, ao tratar do Capítulo III do Título III da Lei de Direitos Autorais, que se chega a um dos pontos de maior relevância para a presente análise, indispensável para a devida compreensão do que ora se tenta demonstrar, especialmente por parte de leitores não necessariamente insertos no meio jurídico ou para aqueles juristas estrangeiros às fronteiras dos direitos intelectuais. Tratamos aqui,

⁴⁴ Em tradução livre, algo como "Garota Destemida".

⁴⁵ Para maiores informações acerca do caso, é possível remeter-se diretamente à reportagem do jornal "The Guardian", acessível no idioma inglês em <<https://www.theguardian.com/us-news/2017/apr/14/fearless-girl-statue-women-new-york-bull>>.

portanto, dos direitos patrimoniais do autor e de sua duração. É sob tal denominação que a Lei de Direitos Autorais prevê que:

"Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

- c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;*
 - d) radiodifusão sonora ou televisiva;*
 - e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;*
 - f) sonorização ambiental;*
 - g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;*
 - h) emprego de satélites artificiais;*
 - i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;*
 - j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;*
- IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;*
- X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas."*

Conhecer e rememorar tal previsão remete ao fato de que a leitura dos referentes dispositivos legais não acarretaria maiores surpresas para os estudiosos dos direitos autorais. Em verdade, tal interpretação parece natural diante das condições amplamente divulgadas no mercado criativo hoje, o que muitas vezes leva a entendimentos maculados. Enfim, cabe ao autor o direito sobre a obra criada, incluindo basicamente todas as suas formas de exploração, estando sua utilização condicionada à autorização prévia e expressa.

Assim, quanto aos direitos patrimoniais, pode-se aduzir novamente que estão conectados a um aspecto notadamente econômico, através do qual a exploração e

utilização da obra podem possibilitar ao autor auferir certo lucro. Nesse passo, segundo Carlos Alberto Bittar, os direitos de cunho patrimonial se manifestam com sua comunicação pública. Igualmente importante lembrar-se que o autor detém, exclusivamente, os direitos de utilizar, dispor e fruir da obra de sua criação, dependendo de sua expressa autorização qualquer utilização que se queira fazer, razão pela qual funciona, nesse sentido, o Artigo 29 da Lei de Direitos Autorais como rol, novamente exemplificativo, daquilo que será considerado como utilização da obra autoral.

Entendido isto, logicamente incoerente defender a permanência nos direitos patrimoniais das mesmas características explicitadas na abordagem dos direitos morais, pois a transmissão passa a ser aspecto marcante daqueles direitos. Assim, tal classificação dos direitos do autor passa a constituir-se de alienabilidade, temporaneidade, penhorabilidade e prescritibilidade, além de restarem independentes entre si, possibilitando-se a negociação individual e com fontes diversas⁴⁶.

Sobre a opção do legislador por um rol aberto, meramente exemplificativo, pode ser notado não apenas pelo termo "*tais como*", constante do *caput* do Artigo 29, mais igualmente de seu derradeiro Inciso X, ao prever "*quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas*". "*Quaisquer*", termo que sem dúvidas deixa evidente a importância da autorização "prévia e expressa" dentro do ordenamento jurídico, nesse ponto já em alinhamento com os futuros avanços tecnológicos que estariam por vir depois da década de 1990.

Sobre esses mesmos direitos patrimoniais de autor, que conferem ao autor ou ao titular derivado o aproveitamento econômico da obra, cabe ressaltar-se igualmente uma certa proteção extremada, que se impõe em detrimento de direitos outros talvez até mais relevantes para uma sociedade em desenvolvimento como a brasileira, novamente nas palavras dos professores do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro:

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pág. 50.

"A doutrina, de modo geral, entende que os direitos patrimoniais previstos na LDA compõem uma lista exemplificativa. Não há como discordar. Afinal, o legislador faz questão de afirmar, em três momentos distintos (duas vezes no caput e a seguir no último inciso), que o uso de obra protegida, pela maneira que for, deve ser prévia e expressamente autorizada - ainda que se trate de modalidade de autorização não explicitamente mencionada.

Ocorre que numa interpretação precipitada de qualquer dos incisos acima transcritos, poderia parecer que mesmo uma única fotocópia de uma página de livro ou ainda o uso de um pequeno trecho de música em outra obra estaria ferindo o dispositivo na lei. Para se evitar esse tipo de controle extremado, a LDA prevê em seu art. 46 as chamadas limitações aos direitos autorais (...)." ⁴⁷

Como relatado, justamente dessa forma, como contraposição a tal necessário exclusivo, é que se chega finalmente à previsão do Artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, o qual se pretende discutir especificamente sob a luz de casos concretos apresentados no capítulo seguinte ao presente.

Por tal motivo, antes de ingressarmos nesse interessante debate, até mesmo como requisito para ingresso em tal controversa temática, alguns esclarecimentos finais tornam-se igualmente necessários, para em seguida ser exposto o contexto prático da produção audiovisual cinematográfica e só então tornando-se possível adentrar futuramente no que tange às mencionadas limitações e sua discutível aplicação prática no Brasil.

c) A Função Social da Propriedade Intelectual

Assim sendo, faz-se pertinente apresentar e reavivar algumas conceituações referentes à função social esperada da propriedade intelectual, garantindo-se que sejam concluídas as linhas iniciais antecipadas na abertura desse capítulo. Dessa

⁴⁷ CTS. Direitos Autorais em Reforma. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011. Pág. 37.

forma, mostra-se logo interessante apontar o crescente entendimento doutrinário no sentido de buscar o referido equilíbrio entre interesses individuais e interesses de uma coletividade.

É o caso, por exemplo, dos autores Vinicius Cassio Swarowski, Arthur Gressler e Jorge Renato dos Reis, que, a partir de sua pesquisa intitulada "Da Necessária Atenção À Função Social do Direito de Autor na Sociedade da Informação: a Busca por um Direito Solidário", que se dedicou a *"efetuar uma análise da função social do direito de autor, considerando sua importância como forma de acesso ao conhecimento"* afirmam que:

"A partir da pesquisa realizada, alguns resultados puderam ser alcançados. Como por exemplo, no que diz respeito às limitações, pode-se dizer que no momento atual, caracterizado pela busca da efetividade dos direitos sociais, especialmente, no que tange à "Sociedade da Informação", caracterizada pelo maior acesso à informação, à cultura e à educação, estas limitações aos Direitos do Autor são insuficientes, atuando como cerceadoras do acesso à cultura. No segundo momento, no que tange à proteção aos Direitos do Autor, observa-se que, da mesma forma, estas não podem se expandir de forma a impossibilitar o acesso aos bens intelectuais por parte da sociedade.

Verificou-se, ainda, que esta proteção deverá ser a partir da expressão em si, e não de uma ideia em abstrato. Com relação à solidariedade, notou-se que a referência constitucional à solidariedade demanda a atenção a este princípio, inclusive, quando da interpretação e da aplicação do Direito. E, por último, a respeito da função social, entendeu-se que esta função estaria vinculada a uma maior atenção aos interesses coletivos de acesso ao conhecimento, e, portanto, maior promoção dos direitos

*fundamentais conferidos na Constituição Federal, como, por exemplo, os direitos à informação, educação e cultura."*⁴⁸

E é justamente caminhando nesse sentido que se encontram Marcus Pinto Aguiar e Daniela Lima de Almeida, ao discorrerem sobre o assunto em sua pesquisa acerca do "embate entre interesses individuais e coletivos em torno dos bens culturais", no artigo "Limitações ao Direito de Autor em face do Direito de Acesso à Cultura". Para os autores, pode-se dizer que:

"No que se refere ao acesso à cultura, a livre iniciativa econômica nem sempre é positiva, porque tendo natural propensão ao que é lucrativo, oferta o perigo de reduzir a riqueza da pluralidade cultural, ao patamar homogeneizador das expressões mais atrativas à lógica de mercado.

Em relação aos direitos autorais, tem-se claramente uma situação de "abuso do poder econômico", a partir da criação de monopólios nascidos do suposto excesso de protecionismo ao autor, na verdade, resguardo mesmo das indústrias culturais, aqui tomadas como grandes corporações que detêm a titularidade dos referidos direitos.

Uma vez que o direito de autor, no aspecto patrimonial, visa exclusivamente à exploração econômica, não tem sentido, por exemplo, qualquer restrição ao uso da obra quando não houver finalidade econômica: é o que se dá no caso de uso privado da obra, além das hipóteses de acesso e difusão por parte de instituições educacionais, bibliotecas, e outros agentes de promoção cultural.

Um grande desafio dos tempos atuais é o acesso à informação através dos meios digitais, de enormes potencialidades para o desenvolvimento da inclusão cultural, ou, contrariamente, para

⁴⁸ SWAROWSKI, Vinicius Cassio et al. Da Necessária Atenção À Função Social do Direito de Autor na Sociedade da Informação: a Busca por um Direito Solidário. In: WACHOWICZ, Marcos (Coordenador). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: GEDAI, 2014. Pág. 82.

exclusão, a depender, respectivamente, da universalização ou restrição.

Não se trata de desapropriar o autor de seu direito, mas de avaliar os princípios que estão em jogo e hierarquizá-los segundo uma perspectiva de relevância coletiva, inclusive com a possibilidade da “licença não voluntária”, para em determinadas situações se permitir a difusão das obras mesmo sem a autorização do autor, como se levantou nas propostas de alteração da Lei de Direitos Autorais , o que seria praticamente uma releitura do artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, em que se permite a licença compulsória da propriedade industrial, “tendo em vista o interesse social do País”, aplicável ao direito de autor também, a partir de uma interpretação extensiva, sistemática e axiológica do dispositivo constitucional.

Assim, os princípios da ordem econômica, relidos à luz dos direitos fundamentais, propiciam a funcionalização da propriedade autoral; doutra parte, podem ser fortes instrumentos na concretização do direito de acesso à cultura.”⁴⁹

Seguindo compreensão semelhante, Ciro de Lopes e Barbuda, em sua obra "Princípios do Direito Autoral", ao tratar da funcionalidade do direito autoral, levanta também a discussão acerca dos sujeitos considerados como alvo dessa mencionada função social dos direitos autorais. Afinal, estariam os autores no mesmo patamar de responsabilidade que os meros detentores de direitos patrimoniais de autor?

E a resposta aqui parece um tanto quanto evidente. No que tange à função social dos direitos autorais, mostram-se presentes tanto deveres negativos quanto deveres positivos, previstos até mesmo na própria Lei de Direitos Autorais, obrigando-se não apenas a titulares de direitos patrimoniais a observância da funcionalização da obra, mas igualmente aos autores.

⁴⁹ AGUIAR, Marcus Pinto e ALMEIDA, Daniela Lima de. Limitações ao Direito de Autor em face do Direito de Acesso à Cultura. In: WACHOWICZ, Marcos (Coordenador). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: GEDAI, 2014. Pág. 142.

Ressalta Ciro de Lopes e Barbuda, entretanto, a importância de se notar que a intensidade desse dever de funcionalizar a obra deve ser maior quando se tratam dos agentes que a exploram economicamente. Ainda assim, tal regra não eximiria os autores de conferir à sua criação a destinação compatível com a função social. Ainda sobre as palavras desse autor, interessante e esclarecedora a seguinte passagem:

*"A funcionalização do direito autoral, no que compete ao titular de direitos de autor, parece manifestar-se, sobretudo, por meio de uma obrigação negativa. Consiste ela no dever de tolerância para com a utilização de sua obra pelo público consumidor, sem fins lucrativos, e desde que não lhe cause prejuízo injustificado."*⁵⁰

Um entendimento que, de fato, traz questões interessantes a serem consideradas. A ideia do oferecimento de uma obrigação negativa ao autor e ao eventual titular de direitos patrimoniais derivado, esperando-se tolerância diante de certas utilizações não remuneradas, posiciona-se certamente dentro de padrões razoáveis diante das formas com as quais a sociedade vem se relacionando atualmente.

Ainda assim, curiosa a menção abrangente à expressão "sem fins lucrativos", como se estivesse esse requisito presente para toda e qualquer aplicação dos limites aos direitos autorais na prática. Um posicionamento que, embora recorrente, cai por terra a partir de uma simples e superficial análise das próprias previsões legislativas nacionais no que se refere aos limites aos direitos autorais.

O legislador, quando entendeu pertinente, previu expressamente a ausência de intuito de lucro como requisito para a aplicabilidade de determinada limitação. Entretanto, maiores são as hipóteses nas quais esse requisito não se faz presente, razão pela qual parece equivocado afirmar de forma abrangente e inconsequente sua incidência.

De uma forma ou de outra, essa temática específica de necessidade ou não de intuito será abordada mais adiante, ao se analisar especificamente a aplicabilidade do Artigo

⁵⁰ BARBUDA, Ciro de Lopes e. Princípios do Direito Autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Pág. 145.

46 da Lei de Direitos Autorais. Por enquanto, deve-se manter o foco no que concerne à função social da propriedade intelectual.

Assim sendo, retornando-se a esta função social, necessário destacar sua direta vinculação com as limitações que se pretendem abordar em breve e a constante necessidade da busca por um equilíbrio entre interesses nomeadamente conflitantes.

Nessa trilha, pertinentes as considerações de Allan Rocha de Souza, em sua obra "A Função Social dos Direitos Autorais", ao tratar justamente da questão da proteção do desenvolvimento social e da suposta prevalência do interesse público sobre o interesse do autor ou do titular de direitos patrimoniais. Defende Allan Rocha que:

"Esta necessidade de integração é constante, e o uso cultural da obra, intensificados com a difusão tecnológica, "desafia o personalismo transparente em textos de lei, recomendando equilíbrio no jogo dos interesses envolvidos: do criador intelectual, da coletividade e de terceiros, obrigando-nos a perguntar quais, dentre os interesses do autor, merecem proteção e quais os meios adequados para se efetivar a proteção? Quais tipos de obra devem ser protegidos e em qual medida e como? Questões estas que devem ser resolvidas apropriadamente considerando principalmente e sempre sua relação com o interesse coletivo, que pode ser a finalidade de promoção do patrimônio cultural da coletividade ou do progresso técnico e econômico ou do direito ao consumo dos bens resultantes. Entre os diversos interesses que devem ser coordenados pode-se apontar como essenciais os seguintes: o interesse geral, pelo qual o direito de autor destina-se a servir para o desenvolvimento cultural, que também é educacional; o interesse dos consumidores, a quem afinal não cabe apenas o papel de absorver passivamente os postulados dos titulares; o interesse empresarial, que consubstancia na equação entre investimento, risco, tempo e lucro, devendo ser diretamente admitido, e não travestido como interesse do criador; os interesses das entidades de gestão coletiva, que são diversos de seus

representados, ainda mais quando sua adesão é forçosa; o interesse de prestadores de atividades culturais, que são os titulares dos direitos conexos, e inclui todos os casos de prestações relevantes na coordenação, utilização e exploração dos bens intelectuais; e os interesses do criador intelectual, que será valorizado quando estiverem claramente todos os interesses expostos, lucrando o autor com o afastamento de interesses alheios (...)."51

Um posicionamento interessante - apesar de em partes extremado -, que apresenta de uma forma coerente alguns dos anseios sociais modernos percebidos por todo o mundo. Não é sem razão a própria indicação de José Diniz de Moraes, em sua obra "A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988", ao afirmar que a função social não se estabelece apenas como um desejo do legislador de determinada época, mas se institui principalmente em razão de uma imposição das condições sociais dos tempos modernos.⁵²

Por fim, encerrando-se o presente segmento desse estudo, interessante ressaltar que o sentido da própria existência social humana deveria estar direcionado para o desenvolvimento da coletividade, em compasso com o próprio dever de solidariedade previsto em inúmeros ordenamentos jurídicos nacionais e mencionado anteriormente.

Mostram-se correto, portanto, considerações no caminho de unir a função social da propriedade intelectual - e especificamente dos direitos autorais - às próprias limitações previstas pelo legislador infraconstitucional brasileiro, mas ao mesmo tempo chamando-se atenção para a óbvia e necessária interpretação dos dispositivos legais sob as imposições da Constituição Federal, como inclusive fez o Superior Tribunal de Justiça em julgamento recente, posteriormente indicado.

Dito isso, e uma vez superados esses esclarecimentos iniciais acerca da regulamentação brasileira e explicitadas algumas conceituações, sempre com a

⁵¹ SOUZA, Allan Rocha de. A Função Social dos Direitos Autorais. Campos dos Goytacazes: 2006. Pág. 269.

⁵² MORAES, José Diniz de. A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 1999. Pág. 92.

esperança de permitir a melhor compreensão possível daquilo que se vem aqui construindo, parece seguro ingressar no segmento deste estudo destinado a tecer considerações sobre o contexto prático do mercado audiovisual brasileiro, notadamente no que se relaciona à produção de obras cinematográficas.

- III -

O CONTEXTO PRÁTICO DO MERCADO BRASILEIRO

III) O CONTEXTO PRÁTICO DO MERCADO BRASILEIRO

Ante o que vem sendo exposto, dedica-se esse segmento do estudo a analisar o contexto do mercado audiovisual brasileiro, notadamente o cinematográfico, para então adentrar-se nas discussões acerca da inobservância dos limites aos direitos autorais na prática dessa indústria ainda em construção no país.

Repise-se, portanto, que a correta compreensão de tal problemática assume como pré-requisito a exposição, ao menos superficial, de algumas conceituações, atividades e casos concretos do mercado de produção audiovisual.

Por esse motivo, passa-se a esclarecer conceitos, avaliar de alguma forma o funcionamento do mercado e então aprofundar os estudos sobre os casos práticos acima mencionados.

a) Considerações sobre a Obra Cinematográfica

Inicialmente, a análise da obra cinematográfica reveste-se de suma importância para o desenvolvimento do presente estudo e merece ser elaborada com a devida prudência, porquanto possui atribuições e características ímpares a serem compreendidas, seja em razão de sua já mencionada autoria e titularidade, seja em razão de sua própria natureza jurídica diante das considerações doutrinárias.

Para tanto, interessante ressaltar o fato de ser a obra cinematográfica uma espécie do gênero que é a obra audiovisual, conforme se demonstrou na análise do Artigo 7º, inciso VI, da Lei de Direitos Autorais, do qual se nota a referida inclusão, combinado com o Artigo 5º, inciso VIII, Alínea “i”, também da Lei, que traz a definição de obra audiovisual. Informa-se ainda ser a obra cinematográfica alvo de vasta legislação administrativa, notadamente em razão das atividades da Agência Nacional do Cinema - ANCINE⁵³, além de possuir estrutura complexa voltada para sua produção e

⁵³ Conforme indicação em seu *website*, a ANCINE é a agência reguladora responsável pelo mercado audiovisual nacional, criada no ano de 2001 pela Medida Provisória 2228-1 com atribuições de fomento, regulação e fiscalização. Maiores informações podem ser obtidas através de acesso ao seguinte endereço: <<http://www.ancine.gov.br>>.

distribuição, contando com a convergência de criações intelectuais diversas aplicadas em regra ao fim determinado de exibir o filme ao público em salas de cinema.

No mesmo sentido, pode-se afirmar que a obra cinematográfica se mostra exatamente como o resultado final da combinação entre som e imagens fotográficas em movimento, projetadas em uma tela a determinada velocidade⁵⁴, e fixado em suporte cinematográfico, por exemplo, película, filme ou tecnologia digital, executado de acordo com os parâmetros do cinema, que vem a ser a arte de elaborar tal obra cinematográfica, constituindo-se atualmente por um empreendimento comercial⁵⁵.

Tecnicamente, Chris Rodrigues ensina que se cria tradicionalmente o filme através da captação por câmera de milhares de fotografias, chamadas de fotogramas, projetando-se na tela diversos destes fotogramas a cada segundo, proporcionando-se a sensação de movimento, técnica esta fundamentada no fenômeno da visão persistente, segundo o qual o olho humano não pode distinguir cada imagem de forma separada, mas apenas em movimento contínuo⁵⁶.

Nesse ponto, pertinente ressaltar as previsões da comentada Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, que, conforme antecipado, estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Segundo a Medida Provisória, nos primeiros incisos de seu extenso Artigo 1º:

"Art. 1º Para fins desta Medida Provisória entende-se como:

⁵⁴ RODRIGUES, Chris. *O Cinema e a Produção*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lamparina Editora, 2007. Pág. 13.

⁵⁵ CRIVELLI, Ivana Córdova. *Direitos Autorais na Obra Cinematográfica: O Delineamento da Autoria e Titularidade de Exploração Comercial da Obra Audiovisual no Universo Contratual*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2007. Pág. 29.

⁵⁶ RODRIGUES, Chris. *O Cinema e a Produção*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lamparina Editora, 2007. Pág. 14.

I - obra audiovisual: produto da fixação ou transmissão de imagens, com ou sem som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão;

II - obra cinematográfica: obra audiovisual cuja matriz original de captação é uma película com emulsão fotossensível ou matriz de captação digital, cuja destinação e exibição seja prioritariamente e inicialmente o mercado de salas de exibição;

III - obra videofonográfica: obra audiovisual cuja matriz original de captação é um meio magnético com capacidade de armazenamento de informações que se traduzem em imagens em movimento, com ou sem som;"⁵⁷

De maneira simplificada, é obra audiovisual aquela que se dedica a retratar imagens em movimento, caracterizando-se a mesmo como obra cinematográfica a partir do momento que em ela se destine primariamente à exibição no circuito cinematográfico, embora nada impeça que ela seja exibida em outras janelas consecutivamente.

Assim, uma vez superados os aspectos eminentemente técnicos, nota-se que a produção da obra cinematográfica comumente segue procedimentos previamente decididos e voltados para o cumprimento de metas diversas preestabelecidas, adequando-se aos prazos acordados, principalmente por constituir-se como atividade lucrativa, por vezes movimentando significativas quantias em moeda.

Segundo Ivana Crivelli, tal produção é constituída por vários níveis, entre eles o administrativo, o financeiro, o técnico e o artístico, sem, contudo, ser respeitada certa

⁵⁷ Redação do Artigo 1º da Medida Provisória nº 2.228-1/2001, acessível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm>.

ordem cronológica e exclusiva, ocorrendo sua múltipla incidência. Ensina igualmente a autora iniciar-se o processo com a escolha do tema a ser filmado, feita por um produtor, roteirista ou diretor, conforme o caso concreto, caracterizada a etapa seguinte através da determinação de diretor e roteirista, na hipótese dos mesmos não iniciarem a produção, seguida da contratação de todo o pessoal técnico e artístico requisitado para o desenvolvimento da captação e tratamento das imagens.

Filmada a obra, procede-se à sua montagem e edição, reproduzindo-se em cópias o original do filme e destinando-as para distribuição e comercialização. A publicação do filme, como anteriormente exposto, se dará quando da exibição da obra final ao público⁵⁸.

Assim, o processo de produção da obra cinematográfica mostra-se como algo complexo e especialmente demorado, muitas vezes participando de seu desenvolvimento empresas diversas voltadas para funções específicas em cada fase de elaboração, conforme se pretende demonstrar adiante.

Por enquanto, compreendido tal procedimento, cabe destacar o fato de que, embora a obra cinematográfica seja tradicionalmente exibida primeiramente nos estabelecimentos de cinema, existem diversos outros meios de exibi-la, dispostos em discutida ordem estipulada pelos anseios e costumes de algumas figuras com influência no mercado.

Cada ponto desta sequência de disposição da obra cinematográfica é chamado de “janela”, conforme comentado anteriormente, e mediante a análise do mercado brasileiro pode-se elencar qual seria a série de “janelas” adotada no país. Assim, é admissível aduzir que a primeira exibição de um filme, em regra, ocorre nos estabelecimentos de cinema e, pelo decorrer de certos intervalos de tempo, transfere-

⁵⁸ CRIVELLI, Ivana Có Galdino. *Direitos Autorais na Obra Cinematográfica: O Delineamento da Autoria e Titularidade de Exploração Comercial da Obra Audiovisual no Universo Contratual*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2007. Pág. 30.

se em cadeia para o *home video*⁵⁹, para o VOD⁶⁰, televisão paga e, após poucos anos, sua exibição atinge a televisão aberta.

Nesse ponto, recorde-se que, em palestra intitulada “Novos modelos de Negócios e Gerenciamento de Direitos Digitais”, ministrada no seminário “Aspectos Legais da Produção e Distribuição Audiovisual”, no Rio de Janeiro, há quase uma década, o produtor norte-americano, Ira Deutchman, já defendia que deveriam ser “lavadas as janelas”, expondo os então novos modelos já utilizados nos EUA, sugerindo a adoção de modelo livre, no qual o consumidor escolheria o meio para assistir a obra assim que lançada, exercendo a liberdade característica de todas demais áreas do mercado.

A despeito da visão à frente de seu tempo, o mercado parece estar chagando a essas previsões. A própria oportunidade de pagar uma quantia superior para assistir um lançamento de sua residência, ao invés de ir às salas de cinema, já vem sendo concretizada em território estrangeiro.

Da mesma forma, tornou-se parte do cotidiano a exibição de obras via canais *online*, ligados de uma forma ou de outra à *internet*. E, quando se trata da obra cinematográfica, um caminho legítimo que se viu construir na última década foi a exibição via serviços OTT⁶¹, que já geram produção de conteúdo cinematográfico - se é que a definição técnica se mantém - por vezes para sua primeira exibição diretamente na rede.

De qualquer maneira, o fato é que a exibição pública da obra cinematográfica não se resume às sessões exibidas nos estabelecimentos de cinema. Nesse ponto, interessante notar igualmente que, se os titulares de direitos autorais devem ser recompensados pela exibição pública de sua obra, deveriam ser também abarcadas as

⁵⁹ O termo *home video* refere-se tradicionalmente à disponibilização da obra em determinado suporte material, como um DVD, para que o consumidor possa assistir a obra em ambiente privado, por exemplo, sua casa. Normalmente a aquisição se dá através de compra e venda ou locação.

⁶⁰ Esclareça-se ser VOD a abreviatura para *Video on Demand*, ou seja, vídeo sob demanda, em tradução livre. Resume-se à requisição da obra pelo consumidor, através de seu próprio aparelho receptor, exemplificado pelo modelo de *pay per view* largamente difundido no Brasil.

⁶¹ Sobre a denominação OTT (Over-The-Top), refere-se basicamente à transmissão de áudio, vídeos e outras mídias através da internet, como são os casos de serviços prestados por empresas como Netflix e Amazon.

demais janelas aqui mencionadas, incidindo igualmente a arrecadação por direito garantida e dificilmente notada no Brasil.

Uma vez ultrapassadas as referidas elucidações, importante aprofundar-se um pouco mais na já iniciada análise da autoria da obra cinematográfica. Assim, para ser atingido o produto final do cinema, imprescindível se faz a convergência das atividades de sujeitos diversos, basicamente atrelados a fatores como invenção, criação artística e atividade de negócios, todos interligados pela prática.

Relacionados à invenção estão aqueles sujeitos que, embora não funcionem na obra a ser criada, desenvolveram teorias e equipamentos usados na técnica da produção cinematográfica. Já o fator da criação artística é composto por indivíduos que congregam esforços intelectuais ou técnicos para a realização audiovisual, caso dos atores, roteiristas, produtores, diretores, diretores de fotografia, diretores de arte, montadores e tantos outros integrantes da equipe.

Enfim, a atividade de negócios é competência daquelas partes encarregadas pela condução econômica da produção e etapas subsequentes, comumente exercidas através de pessoas jurídicas especializadas, hipótese das fases de planejamento, investimento, distribuição e exibição, nas quais atua novamente o produtor, aqui menos criativo, no sentido estrito da palavra. Fala-se ainda na dependência de fator último, representado pelo público ao qual a obra é exibida, sem o qual a obra certamente não se justificaria⁶².

Entretanto, por uma opção legislativa, não são todas estas figuras merecedoras da proteção aqui discutida e conferida pela Lei de Direitos Autorais, existindo restrição legal na determinação daqueles indivíduos a serem considerados como legítimos autores da obra cinematográfica.

Conforme já mencionado, prevê o Artigo 16 da Lei de Direitos Autorais a coautoria da obra audiovisual, na qual certamente se encaixa a obra cinematográfica, dividindo-se tal coautoria entre o diretor e aquele autor do assunto ou argumento literário, musical

⁶² RODRIGUES, Chris. *O Cinema e a Produção*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lamparina Editora, 2007. Pág. 13.

ou lítero-musical. Por conseguinte, não se trata aqui de qualquer dos diretores participantes da obra, mas exatamente do diretor cinematográfico⁶³, da mesma forma que deve ser considerado o roteirista⁶⁴ quando a lei refere ao autor do assunto ou do argumento literário.

Destaque-se que a Lei nº 5.988/73 - dispositivo anterior à atual Lei de Direitos Autorais - previa, igualmente em seu Artigo 16, a figura do produtor dentro deste rol de coautores, tratando-se especificamente da obra cinematográfica. Contudo, sofreu a Lei a mencionada alteração, garantindo-se atualmente ao produtor apenas a titularidade dos direitos patrimoniais da obra, conforme interpretação do Artigo 17, §2º, combinado com o já citado Artigo 5º, Inciso IX, ambos da Lei de Direitos Autorais, destacando-se a evidente possibilidade de disposição em contrário pelas partes.

Quanto aos direitos morais da obra, seu exercício caberá exclusivamente ao diretor, de acordo com o Artigo 25⁶⁵ da Lei de Direitos Autorais. Importante nesse momento novamente a lição de Carlos Alberto Bittar, ao passo que

“Ficam, no entanto, apartadas do regime autoral, as participações puramente técnicas na realização do filme, enquanto, ao revés, em sua composição, inúmeras atividades auxiliares geram direitos

⁶³ Segundo o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria Cinematográfica do Estado de São Paulo, em seu *website* <<http://www.sindcine.com.br/site/profissionais.aspx#>>, o diretor cinematográfico é quem *"cria a obra cinematográfica, supervisionando e dirigindo sua execução, utilizando recursos humanos, técnicos e artísticos; dirige artisticamente e tecnicamente a equipe e elenco; analisa e interpreta o roteiro do filme, adequando-o à realização cinematográfica sob o ponto de vista técnico e artístico; escolhe a equipe técnica e o elenco; supervisiona a preparação da produção; escolhe locações, cenários, figurinos, cenografias e equipamentos; dirige ou supervisiona montagem, dublagem, confecção da trilha musical e sonora, e todo o processamento do filme até a cópia final; acompanha a confecção do trailer, do avant-trailer"*.

⁶⁴ Ainda conforme o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria Cinematográfica do Estado de São Paulo, roteirista cinematográfico é quem *"cria, a partir de uma ideia, texto ou obra literária, sob a forma de argumento ou roteiro cinematográfico, narrativa com sequências de ação, com ou sem diálogos, a partir da qual se realiza o filme"*, informação também acessível no *website* <<http://www.sindcine.com.br/site/profissionais.aspx#>>.

⁶⁵ Prevê o dispositivo que: "Art. 25. Cabe exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra audiovisual."

autônomos, como as autorias do cenário (screen play), da montagem (editing), dos diálogos e da música.”⁶⁶.

Caminhando-se adiante, parece ser ainda, em regra, incumbência do produtor, ou daquele que exerça suas funções, proceder à contratação e remuneração particular dos sujeitos detentores de direitos autorais em razão de criações a serem incorporadas pela obra cinematográfica, não obstante tais indivíduos não sejam considerados como autores da obra final.

Assim sendo, são coautores da obra cinematográfica, por ser espécie de obra audiovisual, tão somente o diretor cinematográfico e o roteirista, conforme disposição expressa da Lei de Direitos Autorais⁶⁷. Da mesma forma, é o produtor considerado em regra como titular dos direitos patrimoniais da obra, por uma imposição natural de sua atividade de aquisição de direitos e contratação de profissionais, embora seja frequente a negociação de participações sobre percentuais referentes aos lucros vinculados aos direitos patrimoniais de autor.

Contudo, repise-se, atualmente o produtor não se encontra inserido no rol de autores da obra, razão pela qual, salvo disposição contratual em contrário, pode-se concluir que são igualmente legitimados, por exemplo, ao recebimento de valores pela exibição pública do filme cinematográfico o diretor e o roteirista, além dos sujeitos de direitos conexos, excluindo-se do rol todos os integrantes da área musical, considerando-se já exercida a atividade arrecadadora relacionada à execução pública da obra musical pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, restando assim a receber, por eliminação, os atores e dubladores.

⁶⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pág. 77.

⁶⁷ Interessante notar, entretanto, como na prática a figura do diretor acaba por assumir notoriedade diante da figura do roteirista. Por diversas vezes depara-se com obras cinematográficas que se iniciam com os dizeres "um filme de", seguido pelo nome do diretor, mesmo quando esse não assina seu roteiro. Por outro lado, raríssimas são as oportunidades nas quais se pode perceber o nome do roteirista em tal posição quando o profissional não assina a direção da obra, seja por questões técnicas, seja por questões políticas. De qualquer forma, o próprio legislador parece ter conferido posição de destaque para o diretor, fato interessante a se acompanhar para os tempos futuros, marcados pelo consequente empoderamento de roteiristas, notadamente diante da popularização de obras seriadas.

Nesse ponto, confirma-se o que vem sendo aqui aduzido novamente através das palavras do Professor José de Oliveira Ascensão, considerando-se que:

"As necessidades da indústria cinematográfica, e os grandes investimentos realizados em cada produção, levam a que as leis procurem cada vez mais assegurar ao produtor a plenitude dos direitos de exploração económica da obra. Podem fazê-lo mediante a outorga ao produtor da categoria de autor. Mas, mesmo não o fazendo, procuram de várias maneiras assegurar ao produtor, com autonomia, direitos de utilização.

*A fórmula normalmente usada é a da cessão dos direitos de exploração económica da obra ao produtor. Mas esta cessão pode ainda ser: cessão legal, quando a transferência é injuntivamente determinada, sem poder ser afastada por estipulação contrária ou particular das partes; cessão presumida, na hipótese inversa."*⁶⁸

Assim, para fazer jus à exploração econômica da obra audiovisual cinematográfica, parece mais aconselhável que o produtor assuma atenção redobrada para a realização de negócios jurídicos particulares que tratem da devida transferência de direitos, especificamente através da assinatura de contratos escritos redigidos em acordo com a legislação vigente, envolvendo-se todos os titulares de direitos, excepcionando-se os artistas nas hipóteses de direitos conexos⁶⁹.

Em resumo, têm direito a explorar economicamente a obra cinematográfica o diretor e o roteirista, inserindo-se aqui os atores e os dubladores nas hipóteses de relacionamento a direitos conexos - como seria o caso da exibição pública da obra, podendo o produtor investir-se em tal direito caso ocorra transferência expressa por parte dos sujeitos envolvidos, logicamente observadas as formas da legislação pátria.

⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos. Pág. 522.

⁶⁹ Importante recordar o Artigo 13 da Lei nº 6.533/78, ainda vigente - embora por vezes igualmente desrespeitado na prática -, impedindo-se a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais do artista, ou seja, do ator ou dublador no exemplo levantado.

Dito isso e garantindo-se prosseguimento ao estudo, enfrenta-se a complexa discussão acerca da natureza jurídica da obra cinematográfica, acentuada pelo dissenso doutrinário. Inicialmente, deve-se eliminar a possibilidade de classificá-la como obra de colaboração, fundamentando-se para tanto nos ensinamentos de José de Oliveira Ascensão, pois *“A obra de colaboração é a que resulta de contributos consertados”*, o que é improvável na obra cinematográfica em razão de um certo destaque adquirido pelas responsabilidades do diretor em relação a diversos outros agentes⁷⁰.

Por outro lado, embora divergindo de seu entendimento em desclassificar a obra cinematográfica como coletiva, importante expor o juízo de Marcílio Moraes, ex-presidente da Associação Brasileira de Roteiristas de TV, Cinema e outras Mídias, para quem *“Obra coletiva é aquela em que as diversas partes que a compõem se fundem num todo indivisível, tornando-se impossível identificar seus componentes”*, defendendo o autor que a obra seria exclusivamente em coautoria, notadamente porque seria perfeitamente possível separar partes, como o roteiro, do todo da obra⁷¹.

Diversa opinião é a argumentada por Marcos Alberto Bitelli, para quem a obra audiovisual:

*“não se configura numa obra coletiva, mas sim numa obra complexa, em que as contribuições individuais se dissolvem e combinam entre si como numa reação química quase irreversível”*⁷².

Já Ivana Crivelli concorda que a natureza jurídica da obra cinematográfica será de obra complexa, *“por ser uma obra coletiva, realizada intelectualmente em colaboração, compósita pela diversidade de obras que a integram”*, no entanto atrela a figura do produtor à existência da coletividade, bem como reconhece serem as contribuições

⁷⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, Pág. 431.

⁷¹ Marcílio Moraes, em palestra proferida no Seminário “A Defesa do Direito Autoral: Gestão Coletiva e Papel do Estado”, constante do “Fórum Nacional de Direito Autoral”, realizado pelo Ministério da Cultura, no Rio de Janeiro, em 31 de julho de 2008.

⁷² BITELLI, Marcos Alberto Sant'anna. *O Direito de Autor e as Obras Audiovisuais*. Disponível em <<http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/cej21bitellidirautorialobrasaudiovisuais.pdf>>

criadas em regime de colaboração, qualificando-se o resultado final como obra em coautoria⁷³.

Última posição doutrinária ressaltada, Carlos Alberto Bittar explica a obra coletiva como a *“fusão entre todas as colaborações em obra final resultante, podendo, no entanto, conforme exista autonomia em relação ao conjunto, ser destacada essa ou aquela criação”*, adotando-se como exemplo a música em um filme, o que logicamente permite depreender sua defesa também pela coletividade da obra audiovisual⁷⁴.

Demonstra-se, desta forma, a manifesta divergência doutrinária. Então, neste momento, sem a pretensão de julgar se notórios doutrinadores estão certos ou errados, porém no exercício do direito de discordar, passa-se a fundamentar, através da Lei de Direitos Autorais, o entendimento que parece mais adequado à aplicação em relação à obra cinematográfica.

De fato, parece caracterizar-se a natureza jurídica da obra cinematográfica como de obra coletiva em coautoria diante do ordenamento jurídico brasileiro, o que a doutrina nacional entendeu por chamar de obra complexa. Explique-se. Conforme indicação prévia, ao dispor em seu Artigo 16 que são coautores o diretor e o roteirista da obra audiovisual, a própria Lei de Direitos Autorais acaba por configurar crível a natureza de coautoria da obra, ressaltando-se, entretanto, a desclassificação óbvia da coautoria naquelas hipóteses em que as funções de diretor e roteirista sejam exercidas pelo mesmo indivíduo, fato inclusive comum no mercado do audiovisual. Ainda assim, novamente pertinentes, nesse ponto, as considerações divergentes do professor José de Oliveira Ascensão ao tratar da legislação portuguesa, posto que:

"A obra de colaboração é a que resulta de contributos concertados. É difícil encontrar essa situação na obra cinematográfica. A primazia da posição do realizador é evidente em relação aos restantes. É difícil por isso dizer que eles realizam uma obra conjunta, que todos fazem

⁷³ CRIVELLI, Ivana Có Galdino. Direitos Autorais na Obra Cinematográfica. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2007. Pág. 51.

⁷⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pág. 36.

obra cinematográfica: eles fornecem contributos que são depois incorporados na nova obra (que é a cinematográfica) pelo criador desta, o realizador.

*Isso acontece necessariamente com o argumento e com os diálogos. Já a música pode ser posterior à realização. Pode assim chegar-se à admissão de uma obra composta, em casos em que a música seja essencial (tal como nos casos em que haja argumento literário-musical). Mas nunca haverá uma obra de colaboração, porque a obra continua a ser sempre de natureza cinética, e o autor da obra como cinética é só o realizador."*⁷⁵

Quanto à coletividade da obra, a mesma se faz natural em razão da imprescindibilidade da participação de diferentes sujeitos, sejam eles autores ou não, gerando como resultado a obra cinematográfica final, marcada por sua autonomia, atendendo-se claramente aos requisitos do Artigo 5º, Inciso VIII, Alínea "h", da Lei de Direitos Autorais.

Interessante remeter-se novamente neste ponto às palavras de Ivana Crivelli, pois, na ausência de indivíduo no exercício das funções de produtor, prejudicada restará a coletividade da obra, nos termos da Lei, por ausência de iniciativa, organização e responsabilidade pela fixação da obra, atividades do produtor, de acordo com o Artigo 5º, Inciso XI, da Lei. Por outro lado, configura-se como exercício no mínimo curioso imaginar uma obra cinematográfica na qual inexistente sujeito responsável pelas mencionadas funções de produção.

Ainda assim, entende-se igualmente ser perfeitamente possível identificar contribuições individuais na obra coletiva final, embora possam ocorrer dificuldades significativas em certos casos, porquanto, negada a viabilidade desta identificação, desarrazoada seria a proteção constitucional à participação individual na obra coletiva,

⁷⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos. Coimbra Editora, 2012. Pág. 514.

de acordo com o Artigo 5º, Inciso XXVIII, Alínea “a”, da própria Constituição Federal de 1988.

Contudo, o intuito maior no deslinde da analisada divergência doutrinária não se restringe ao prazer do debate jurídico, mas abarca também a solução de pertinentes questões práticas. Afinal, constitui prática comum no Brasil, no meio do entretenimento, notadamente no que diz respeito à obra cinematográfica, a produção de obras com a simples realização dos indigestos “contratos de boca”.

Nessa trilha, classificando-se a obra como coletiva e aplicando-se o direito fundamental individual de cada sujeito em receber por sua participação na obra⁷⁶, direito este a ser exercido por qualquer indivíduo que tomou parte da produção da obra, principalmente porque a todos cabe o direito de remuneração⁷⁷, agregando-se ainda o fato de muitas vezes inexistirem contratos escritos celebrados entre as partes, restaria seriamente ameaçada a obra final, em detrimento da própria sociedade. Neste sentido, importante o esclarecimento da relevância na celebração de contratos escritos, protegendo-se, por fim, o resultado final da produção, qual seja, a obra cinematográfica.

b) Produção e Realização Cinematográfica no Brasil

É justamente ante o exposto nas linhas anteriores que se passa a destacar em brevíssimas palavras o funcionamento das atividades do mercado audiovisual, incluindo-se aqui suas funções e processos, permitindo-se assim a melhor compreensão daquilo que se estuda a seguir, ou seja, a inobservância prática de limites aos direitos autorais no que se refere a esse comentado mercado.

Assim, de forma simplificada, diz-se que a produção audiovisual se destina à criação de material composto por imagens e sons sincronizados, sendo seu produto em regra ordenado pela conciliação de esforços despendidos por parte de diversos sujeitos em suas mais diversas funções.

⁷⁶ Não se trata aqui de receber em razão de ser ou não titular de direitos autorais, mas sim em razão do próprio exercício de uma atividade.

⁷⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, Pág. 442.

É nesse mesmo sentido que se encontra o relatório de produção audiovisual publicado pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, em parceria com a Escola Superior de Propaganda e Marketing - ESPM, segundo o qual:

“Vale destacar que o mercado de audiovisual pode ser descrito como qualquer produto que tenha como resultado a transmissão de uma imagem em movimento, seja qual for o meio utilizado para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão.”⁷⁸

No que tange ao mercado audiovisual de forma mais genérica, a Agência Nacional do Cinema - ANCINE divulgou recentemente o estudo intitulado "Efeitos da Crise Econômica nos mercados de Programação e de Empacotamento da TV por Assinatura no Brasil", logicamente externo ao âmbito cinematográfico em si, porém com suas vinculações indiretas, ainda mais quando levamos em conta as já comentadas janelas de exibição subsequentes. Assim, é interessante para compreender o contexto nacional desse segmento do mercado notar que, segundo a ANCINE:

"A recente crise econômica brasileira teve reflexos importantes no consumo das famílias e, consequentemente, nos dispêndios com serviços de telecomunicações, entre eles, a TV por assinatura. Consequentemente, após um grande crescimento da penetração desse segmento nos domicílios brasileiros, em 2015 e no primeiro semestre de 2016, houve uma redução no número de assinantes de TV por assinatura. Assim, o presente estudo, buscou analisar os efeitos da crise nas atividades de empacotamento e de programação, considerando o período compreendido entre junho de 2015 e junho de 2016.

A atividade de empacotamento, após ser bastante afetada pela retração econômica no primeiro semestre analisado, apresentou uma recuperação que, se não conseguiu elevar o número de assinantes ao

⁷⁸ SEBRAE/ESPM. Produção Audiovisual: Estudos de Mercado - Relatório Completo. Pág. 10.

patamar anterior à crise, pelo menos conseguiu estabilizar o número de vínculos no final do primeiro semestre de 2016. Além disso, proporcionalmente, as empacotadoras que mais perderam com a crise foram as de pequeno porte, seguidas das de grande porte, com as de médio porte sendo as menos afetadas.

(...)

De forma similar ao observado na atividade de empacotamento, os efeitos da crise no mercado de programação foram sentidos de forma heterogênea, dependendo do gênero da programação veiculada, da tecnologia de imagem empregada ou de sua classificação como canal premium ou básico.

Os resultados apontam no sentido de que a redução do número de assinantes no mercado de TV Paga teve maior impacto nos canais premium do que nos canais básicos, o que pode indicar uma maior proporção de cancelamentos de pacotes mais caros. Ao segmentar essa análise por categoria temática, observa-se que os canais básicos esportivos apresentaram crescimentos no número de assinantes enquanto que os canais premium voltados a essa programação apresentou forte queda, o que sugere, ainda, que os assinantes estão cancelando suas assinaturas de pacotes com os canais premium deste perfil e os novos entrantes estão optando pelos pacotes mais baratos (de entrada ou básicos). A categoria de canais de Filmes e Séries, por sua vez, apresentou um padrão diferente do observado nos canais esportivos, uma vez que houve redução semelhante no número de assinantes em ambos tipos de canais, premium e básicos.”⁷⁹

Dito isso, especificamente sobre o mercado cinematográfico, apesar da referida crise econômica que vem atingindo o Brasil nos últimos anos, os números indicam algum

⁷⁹ ANCINE. Efeitos da Crise Econômica nos mercados de Programação e de Empacotamento da TV por Assinatura no Brasil. Pág. 42. Acessível em <http://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/publicacoes/pdf/est_efeitostvpaga.pdf>

crescimento e desenvolvimento, segundo dados da mesma Agência Nacional do Cinema - ANCINE, em seu "Informe de Acompanhamento de Mercado", que trata do segmento de salas de exibição do período de janeiro do ano de 2016 a janeiro do ano de 2017. Dessa maneira, destaca o informe que:

"As salas de cinema do país bateram novo recorde de público no ano de 2016. Ao total, 184,3 milhões de espectadores foram ao cinema, gerando uma renda bruta de R\$ 2,6 bilhões (página 8).

Os filmes brasileiros foram responsáveis por 30,4 milhões dos bilhetes vendidos, o maior patamar desde a década de 1990. A participação brasileira sobre o total de bilhetes vendidos foi de 16,5%, o que movimentou uma renda de mais de R\$ 362 milhões (página 9).

O Brasil bateu um novo recorde de filmes lançados: 143 obras brasileiras tiveram sua estreia em salas de exibição em 2016 (página 14).

A obra nacional Os Dez Mandamentos - O Filme atraiu 11,3 milhões de espectadores e ocupou a primeira posição do ranking com a melhor bilheteria do ano (página 11).

A Disney e a Warner foram as distribuidoras com as maiores participações no mercado, respectivamente com 22,0% e 20,6% da renda total (página 17).

As distribuidoras nacionais ampliaram sua participação na renda auferida com a exibição de obras brasileiras, passando de 85,4% em 2015, para 95,8% em 2016 (página 20).

O parque exibidor brasileiro encerrou o ano de 2016 com o total de 3.168 salas de exibição em funcionamento. Faltam apenas 108 salas para igualar o patamar histórico de 3.276 salas de 1975 (página 21).

O parque exibidor brasileiro termina o ano tendo praticamente finalizado o seu processo de digitalização (página 22).

As regiões Nordeste, com 10%, e Centro-Oeste, com 7%, apresentaram as maiores taxas de crescimento na abertura, reabertura e ampliação de salas. Juntas, somaram 65 novas salas ao parque exibidor brasileiro (página 23).

O número de filmes lançados dirigidos exclusivamente por mulheres também alcançou um novo recorde: 29 obras, o que representa 20,3% das obras brasileiras lançadas. Esse percentual é 5,6% maior se comparado ao ano de 2015, quando foi de 14,7%, e o segundo maior da série histórica da Ancine, iniciada em 2009 (página 27)."⁸⁰

De fato, considerando-se que números inéditos estão sendo alcançados, parece um tanto quanto evidente a crescente importância do segmento para a economia nacional, especialmente em tempos de crise econômica. Não é sem motivo que investimentos públicos e privados se fazem cada vez mais notados nessa que pretende ser uma verdadeira indústria em criação.

Nesse ponto, pertinente recorrer novamente aos relatos de Cacá Diegues, renomado cineasta brasileiro, em sua obra "Vida de Cinema: Antes, Durante e Depois do Cinema Novo". Afinal, ao discorrer sobre a evolução recente do cinema nacional, levanta o autor que:

"Convencionou-se chamar de 'retomada' o conjunto de filmes brasileiros cuja produção começara a se tornar possível a partir da Lei do Audiovisual. Não sei quem inventou a denominação, de repente ela estava sendo usada por todos na atividade e na imprensa, desde que surgiam os primeiros filmes do período.

⁸⁰ ANCINE. Informe de Acompanhamento do Mercado - Segmento de Salas de Exibição. Acessível em <http://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/publicacoes/pdf/informe_anual_preliminar_2016.pdf>.

A 'retomada' tinha a cara de mais um ciclo quando começou. Mas se consolidou ao longo do tempo, sobretudo pela constância das leis, decretos e regulamentações que se sucederam nos governos de Itamar, Fernando Henrique, Lula e Dilma. Podemos preferir a política cinematográfica do período de um ou de outro presidente, mas seria injusto não reconhecer que todos eles colaboraram, de algum modo, pela regularidade da produção.

Vindos da publicidade, da televisão e das escolas de cinema, os jovens cineastas da 'retomada' trouxeram para nossa cinematografia uma formação que precedera a prática e a inspiração de seus primeiros longas-metragens. Eles não lançaram manifestos coletivos, nem instrumentalizaram o que queriam fazer em nome de objetivos fora do filme. Os cineastas da 'retomada' se sentiam, antes de tudo, cineastas. Os filmes são, para eles, mais importantes que o cinema.

O cinema brasileiro precisa de uma história fluente que nunca teve, capaz de ser protagonizada por mais de uma geração. Ele precisa ser uma atividade permanente no país, com suas crises naturais que não o exterminam. A rica diversidade da 'retomada' colaborou com essa esperança - o cinema brasileiro deixou de ser um gênero para se tornar uma cinematografia nacional, abrigando diferentes tendências geracionais, regionais, políticas, estéticas, o que for."⁸¹

É em trilha semelhante de compreensão que Melina Izar Marson se posiciona ao discorrer sobre a indústria audiovisual brasileira em sua obra "Cinema e Políticas de Estado - da Embrafilme à Ancine". Afinal, gradativamente o cinema se tornou um negócio rentável, que passou a movimentar quantias cada vez mais significativas, seguindo o que já se mostrava como um fato concretizado em âmbito internacional.

⁸¹ DIEGUES, Cacá. Vida de Cinema: Antes, Durante e Depois do Cinema Novo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014. Pág. 647.

Mas isso não se configurou como uma integração de outros segmentos do audiovisual na esfera cinematográfica, posto que até o final do ano de 2001, quando foi promulgada a comentada Medida Provisória nº 2.228-1, ainda não se podia perceber qualquer garantia legal de obrigatoriedade de exibição de obras cinematográficas nacionais através das emissoras de televisão, assim como ainda não estava concretizado um mecanismo de financiamento e fomento ao cinema com contribuição da própria vertente publicitária. Assim, somente a partir de tal Medida Provisória - diga-se de passagem, vigente até hoje, quase vinte anos depois - passou a ser notada tal integração.⁸²

Ante o que se vem tentando expor, cumulado com a necessidade de deixar evidente o atual momento da produção e realização cinematográfica no Brasil, cabe destacar as palavras de Mark Cousins, em sua obra "História do Cinema: dos Clássicos Mudos ao Cinema Moderno", na qual discorre sobre a evolução internacional da atividade cinematográfica desde sua origem até os tempos atuais, no que já se configura como um período de mais de um século.

O autor, ao tratar das mais marcantes transformações sofridas durante esse ciclo de evoluções, acaba por elencar como de grande destaque dois momentos específicos, quais sejam, a introdução do som, na primeira metade do Século XX, e a gradual transição para o cinema digital, iniciada já nas duas últimas décadas do mesmo século.

Ao abordar o cinema iraniano, o "revival" na Oceania, o Dogma dinamarquês, o cinema asiático e a continuidade das realizações na África e os renascimentos nas Américas Central e do Sul, Mark Cousins se refere à revolução digital para tecer importantes conclusões. Em suas palavras:

"A técnicas cinematográficas digitais mudaram o cinema ainda mais fundamentalmente do que a introdução do som. A possibilidade de filmar em vídeo com uma câmera do mesmo tamanho ou menor do que um filão de pão usando equipes de duas pessoas em vez de dez

⁸² MARSON, Melina Izar. Cinema e Políticas de Estado: da Embrafilme à Ancine. São Paulo: Escrituras Editora, 2009. Pág. 91.

*ou mais, editar em computadores domésticos e inserir som nos mais simples equipamentos de som significou que o mundo da produção cinematográfica não era mais um mundo encantado em que apenas uns poucos escolhidos podia entrar. As muralhas em torno da cidadela pareceram se esfacelar no final da década de 1950 e começo da de 1960, mas elas desmoronaram de fato ao longo dos anos 1990. A terceira época do cinema, que ainda está em seu início, é a primeira época meritocrática."*⁸³

Nesse contexto é que se insere a atividade de realização cinematográfica no Brasil atualmente, em meio a inegáveis avanços, diante do que se sonham serem os primeiros passos para a construção de uma indústria e confiante em uma promessa de independência para a criação artística, apesar dos inúmeros obstáculos enfrentados.

E justamente dentro dessa composição de esforços que se destacam distintas figuras pela importância e distinção de suas funções, algumas das quais tratamos já com alguma atenção. Ainda assim, torna-se possível ressaltar essas funções de destaque, quais sejam, a produção, a realização, a criação do chamado argumento (ou o roteiro), a atuação e a edição⁸⁴, além dos responsáveis pela fotografia e pela arte, assim como das não menos relevantes funções eminentemente técnicas.

Em verdade, apesar de se ter tornado realmente possível a realização de uma obra cinematográfica com equipe extremamente reduzida, a prática mais razoável em regra ainda exige a composição de profissionais diversos para que sejam divididas as inúmeras responsabilidades de uma produção.

Nesse ponto, retornando-se aos ensinamentos de Chris Rodrigues, na obra "O Cinema e a Produção", essas referidas responsabilidades podem ser divididas entre basicamente dois tipos de técnicos.

⁸³ COUSINS, Mark. História do Cinema: dos Clássicos Mudos ao Cinema Moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2013. Pág. 434.

⁸⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos. Pág. 516.

Conforme defende o autor, o que se mostra como uma visão adequada diante da realidade do audiovisual, o primeiro tipo de técnicos se configuraria por aquelas pessoas que exercem funções mais especializadas e com limites extremamente determinados, funções que, apesar de se renovarem a cada produção, normalmente não admitem intervenções maiores de terceiros. Seria o caso, para o autor, das funções de direção, direção de fotografia, operação de câmera, maquiagem e captação de som, por exemplo.

Afirma ainda Chris Rodrigues que o segundo tipo de técnicos estaria caracterizado por funções técnicas com atividade mais ampla no que concerne às suas responsabilidades, admitindo-se diversas possibilidades de intervenção externa. Seria então o caso das funções de assistência de direção e produção, por exemplo, uma vez que suas responsabilidades parecem ser quase que ilimitadas na prática.⁸⁵

Assim, ao adentrar em cada uma dessas funções, inicialmente mostra-se necessário compreender a complexidade que envolve essa função de produção, já minimamente abordada nesse estudo, mas que se revela em sua essência através das palavras de Iafa Britz, renomada produtora nacional, em seu artigo "A Arte de Materializar", constante da obra "Film Business: O Negócio do Cinema". São curiosos e intrigantes os relatos da autora, conforme se depreende a seguir da experiência de alguém que traz consigo o peso da produção de inúmeros longas-metragens em sua carreira:

*"Existe um clichê no meio cinematográfico que afirma que produzir um filme é uma das coisas mais difíceis que existem no mundo capitalista contemporâneo. Clichês são quase sempre desprezados e diminuídos. Falar deles também já virou clichê. Mas não pude evitar. Querendo ou não, essa afirmação sempre aparece em letreiros cintilantes na minha frente quando começo a trabalhar num filme. E, querendo ou não, ela se confirma quando termino."*⁸⁶

⁸⁵ RODRIGUES, Chris. O Cinema e a Produção. Rio de Janeiro: Lamparina Editora, 2007. Pág. 75.

⁸⁶ BRITZ, Iafa. A Arte de Materializar. In: Film Business: O Negócio do Cinema. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Pág. 3.

É ainda Chris Rodrigues quem se arrisca na arenosa definição das funções de produção. Com inegável sucesso nessa caracterização, o autor define que:

"Os técnicos do grupo de produção são os responsáveis pela administração, logística, tática e dos custos de uma filmagem. Apesar de parecer uma tarefa puramente administrativa, em cinema exige-se da equipe de produção um elevado senso artístico, contribuindo com sugestões e soluções de problemas em que esse sentido é extremamente necessário. Já os técnicos do grupo de direção são os diretamente envolvidos nas decisões que resultarão na qualidade artística e visual do filme.

*Um filme, seja de que tipo for, necessita de um produtor, que levantará os recursos necessários e acompanhará estreitamente o seu gasto para que o filme termine dentro do prazo e do orçamento estipulados, e de um diretor, a quem será delegada a responsabilidade criativa e visual do projeto."*⁸⁷

No que tange a tais funções de produção, o professor José de Oliveira Ascensão traça linhas mais diretas e objetivas, ao considerar o profissional responsável como o empresário da obra cinematográfica, responsável por organizar sua realização e assumir as responsabilidades financeiras inerentes. Para o autor, inclusive não haveriam maiores dificuldades práticas na individualização do produtor e de sua atividade. De fato, parece fazer sentido o referido posicionamento.

A complexidade maior, para Ascensão, parece se encontrar nos exercícios de definição teórica abstrata da função, especificamente diante de previsões legais. Assim, segundo o professor, em sua comentada obra "Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos", ao tratar especificamente dessa figura do produtor, deve-se notar que:

"Não é fácil definir produtor cinematográfico. A Convenção de Berna desistiu de acolher a definição. Surgem sempre aspectos que as

⁸⁷ RODRIGUES, Chris. O Cinema e a Produção. Rio de Janeiro: Lamparina Editora, 2007. Pág. 76.

definições não contemplam, ou que contemplam a mais. A prática moderna de coprodução (que a lei portuguesa menciona, no art. 132º) trouxe novas dificuldades, pois surgem as mais estranhas formas de cooperação entre produtores. Às vezes é um pequeno produtor que toma posição activa perante uma empresa de âmbito mundial. E até poderá ser só a responsabilidade financeira que é assumida por esta última entidade.

*Atendendo a estas dificuldades, não admira que a definição legal não seja perfeita. A iniciativa do filme pode ser tomada por pessoa que não o produtor. A coordenação terá de ser definida, pois a função do realizador é justamente a de coordenar as várias participações. A referência à responsabilidade, que é a mais importante, também carecia de ser limitada, pois um produtor pode não tomar a responsabilidade financeira. Perante tudo isso, mais correcto seria se a lei se limitasse a proclamar: produtor é o empresário do filme."*⁸⁸

Para sanar eventuais desentendimentos, mostra-se finalmente pertinente a recordação da definição prevista na própria Lei de Direitos Autorais, em seu Artigo 5º, Inciso XI, segundo o qual:

"Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

XI - produtor - a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado;"

De uma forma ou de outra, parece ser legítimo afirmar que o produtor basicamente será aquele sujeito voltado para a organização e supervisão da atividade negocial da produção⁸⁹.

⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos. Pág. 518.

⁸⁹ Ouve-se, cada vez mais na prática, acerca da figura do "Produtor Criativo", profissional esse que, além de assumir suas funções fundamentais de produção, agregaria também certa

No mesmo raciocínio, o previamente abordado diretor da obra cinematográfica parece ser aquele que organiza e supervisiona a atividade artística da obra audiovisual cinematográfica, aquele sujeito que assume para si a responsabilidade de definir os critérios artísticos e visuais ao contar determinada história. Novamente nas palavras de Chris Rodrigues, seria o diretor "*o responsável pelo clima, ritmo de ação, ambientação e contexto dramático dos atores*"⁹⁰.

No que se refere ao autor do argumento literário - em regra o conhecido roteirista -, pode-se defender que será aquele responsável por criar a história e seus diálogos, embora em algumas produções também seja possível se notar a presença de figura dedicada tão somente à redação dos diálogos em si.

Acerca de tal conceituação das funções do roteirista profissional, a Associação Brasileira de Autores Roteiristas - ABRA, define em suas "Normas para Admissão" critérios para eleger os profissionais que se mostrem, diante dos olhos de seus pares, dignos de serem reconhecidos como roteiristas, nos termos que se seguem:

"Art. 1º - O roteirista profissional, para fins de aceitação como associado da ABRA, é definido como o autor, isoladamente ou em parceria, de pelo menos um roteiro para televisão, rádio, cinema ou internet, desde que esse roteiro cumpra ao menos uma das seguintes condições:

Corresponda a uma obra já exibida na televisão, no cinema ou na internet;

Corresponda a uma obra que, embora ainda não tenha sido exibida, já tenha concluído ser processo de produção;

Corresponda a uma obra que ainda esteja em fase de produção para posterior exibição;

ingerência sobre a obra audiovisual. Uma figura que parece acrescentar no desenvolvimento e para a qual também se deve voltar alguma atenção em um futuro breve.

⁹⁰ RODRIGUES, Chris. O Cinema e a Produção. Rio de Janeiro: Lamparina Editora, 2007. Pág. 79

Tenha sido premiado ou recebido menção honrosa em concurso de reconhecida importância;

Tenha sido publicado em livro, numa edição profissional, com o devido registro na Biblioteca Nacional e número de ISBN.

Parágrafo Primeiro - Para fins deste artigo, entenda-se:

Roteiro: como o documento escrito que contém o texto integral de filme para cinema ou de programa para televisão, rádio ou internet, e que seja estruturado em sequências e possua indicações técnicas destinadas a orientar a direção e a produção da obra;

Obra: como todo e qualquer filme, programa, episódio, capítulo, espetáculo ou similar destinado a exibição nos cinemas, na televisão, no rádio ou na internet;

Exibição: como a veiculação da obra já produzida, sonorizada, editada e/ou montada e acompanhada dos devidos créditos de criação.

Parágrafo Segundo - A simples publicação do roteiro em qualquer site ou blog da internet não caracteriza exibição e, portanto, não dá ao respectivo autor o direito de associar-se à AR.

Parágrafo Terceiro - O profissional comprovadamente empregado por emissora ou produtora na função de roteirista pode ser aceito como sócio, mesmo que não cumpra as condições listadas no caput deste artigo.

Parágrafo Quarto - Caberá ao postulante a associado a devida comprovação dos requisitos mencionados acima. Serão aceitas como provas contratos de trabalho, registro em carteira, nome nos créditos

como autor-roteirista e outras que possam ser apresentadas, desde que devidamente avaliadas pela Diretoria."⁹¹

Apesar de alguns conceitos excessivamente abertos e designações por vezes em descompasso com a prática do mercado internacional e o momento da tecnologia atual, há que se concordar que resta minimamente compreensível a importância da atividade desse profissional para a realização de uma obra audiovisual. De fato, embora seja possível elencar obras cinematográficas que apresentem resultados sofríveis apesar de possuir um bom roteiro, a recíproca dificilmente será verdadeira. Raríssimas serão as obras audiovisuais de qualidade que não apresentem roteiro minimamente estruturado e desenvolvido.

Acerca do elenco, maiores palavras não se mostram necessárias. Evidentemente, são aquelas figuras que interpretam e personificam cada um dos personagens retratados. Conforme igualmente já mencionado, sujeitos esses que não se caracterizam como autores da obra cinematográfica, apesar de inquestionável vinculação natural e direta que se cria ante o público espectador. Em regra, fazem jus, todavia, ao recebimento em razão de sua titularidade sobre direitos conexos ao de autor, fato também já apontado anteriormente.

Finalmente, as funções de montagem se relacionam à figura do montador - ou editor -, que por sua vez assume a atividade de organizar, selecionar e dispor o material produzido em determinada ordem através de sistema informático, sincronizando sons e imagens de forma a criar a narrativa de acordo com a estrutura pré-determinada. Interessante notar que, na prática, as denominações editor e montador se referem às mesmas funções, embora historicamente o montador trabalhasse com a película, enquanto o conceito de editor estaria mais voltado para o formato digital.

Por fim, restariam os demais membros da equipe técnica, igualmente dedicados a permitir que tal obra possa ser desenvolvida, desempenhando as mais diversas funções como, por exemplo, a construção de cenários, a maquiagem de atores, a operação de câmeras ou o transporte de pessoas, todas funções indispensáveis para a

⁹¹ ABRA. Normas para Admissão. Acessível em: < <http://abra.art.br/associe-se/>>.

obtenção do resultado final - quem já esteve em um set compreende a seriedade dessa informação - e que, embora não confirmam aos indivíduos que as exercem o reconhecimento como autores da obra diante das previsões legislativas atuais, certamente envolvem alguma criação intelectual, o que enseja a própria transmissão de eventuais direitos autorais, para que a atividade do produtor e sua exploração econômica da obra se façam mais seguras e desimpedidas.

Igualmente, embora muitas produções de menor orçamento possam apresentar número restrito de profissionais e certa concentração de tais funções na figura de poucas pessoas, o número de sujeitos envolvidos em uma produção audiovisual de moderado apelo comumente já atinge a casa das centenas.

Assim, as funções do mercado de produção audiovisual incluem-se entre as mais diversas e curiosas, ante a complexidade da criação da obra em si, apesar de se ter elencado de forma mais aprofundada apenas algumas delas, focando-se nas funções que de alguma forma se mostrem como de maior importância para o entendimento do que se vem discutindo no presente estudo.

Afinal, conhecer as aludidas bases de tais funções mostra-se importante para compreender que o sujeito responsável pelas atividades de realização acaba por se caracterizar justamente como a pessoa responsável, em última instância, por determinar se a utilização de obras pré-existentes de terceiros na obra nova será necessária ou não.

Como síntese daquilo que vem sendo exposto, bem como forma de evidenciar a simbiose ordinária de uma equipe que se volta ao fim maior que é a criação de uma obra audiovisual cinematográfica, pertinentes se fazem as palavras de Michael Rabiger acerca do realizador da obra, aqui livremente traduzidas:

“Um realizador responde ao produtor e é responsável pelos detalhes, qualidade e sentido da versão final do filme. Isso requer escrever e trabalhar junto aos escritores; prever seu escopo, propósito, identidade e significado; encontrar locações apropriadas que desenvolvam o sentido dramático e a atmosfera do filme; testar e

selecionar atores; montar uma equipe (embora isso possa ser feito pelo produtor); desenvolver o elenco e o roteiro em ensaios; dirigir atores e equipe durante as filmagens; e supervisionar a edição e a finalização do projeto. O realizador é também envolvido na promoção da obra em festivais e circuitos afins.”⁹²

E conforme já demonstrado, em sentido similar parecem se posicionar os ensinamentos do professor José de Oliveira Ascensão, conforme se percebe da passagem abaixo:

“Se excluirmos o realizador, vemos que as criações que todos eles (demais profissionais) realizam para o filme são criações subordinadas. É ao realizador que compete justamente coordenar todas as intervenções, de maneira a atingir-se a obra única em que o filme consiste. Só ele realiza uma criação livre.”⁹³

É exatamente dessa maneira que se pretende encerrar a presente seção, considerando-se suficientemente compreendido o mecanismo de funcionamento do mercado a partir de suas diferentes funções, para se adentrar em segmento destinado a destrinchar algumas complicações práticas que ilustram devidamente o cenário atual de inserção das atividades de realização cinematográfica.

c) Complicações Jurídicas Práticas

A partir desse momento, portanto, uma vez suficientemente expostas as atividades ínsitas à produção audiovisual, mostra-se facilitado o ingresso na análise dos casos concretos anteriormente mencionados nas seções iniciais desse estudo, partindo-se

⁹² RABIGER, Michael. *Directing Film: Techniques and Aesthetics*. Pág. 4. A redação original diz: “A director answers to the producer and is responsible for the details, quality, and meaning of the final film. This requires writing or working with writers; envisioning the film’s scope, purpose, identity, and meaning; finding appropriate locations that advance the dramatic meaning and atmosphere of the film; auditioning and casting actors; assembling a crew (though this may be done by the producer or unit production manager, if you have one); developing both cast and script through rehearsals; directing the actors and crew during shooting; and then supervising editing and the finalization of the project. The director is also involved in promoting the production in festivals and other circuits.”.

⁹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Pág. 517.

agora a dedicar e adentrar nos pormenores do problema prático que norteia a presente pesquisa.

Assim sendo, para a compreensão desejada da incerteza enfrentada nas atividades de realização de uma obra audiovisual cinematográfica no contexto brasileiro, passam-se a elencar alguns brevíssimos casos abaixo, em ordem gradual de importância, de maneira a se destinar aprofundamento ao derradeiro e mais relevante caso a ser analisado, qual seja, o do documentário "Alô, Alô, Terezinha!", emblemático em razão de seus próprios precedentes.

Opta-se, assim, por inicialmente introduzir-se o panorama prático através de relatos práticos acerca de dificuldades diárias enfrentadas no meio audiovisual, aproveitando-se o ensejo para apresentar comentários elucidativos às atividades do mercado, conferindo-se exame diferenciado ao caso derradeiro que melhor se adequa e sintetiza aquilo que se vem pretendendo aqui demonstrar.

Nesse sentido, de início mostra-se pertinente direcionar os holofotes para uma necessidade recorrente de grande parte das produções cinematográficas criadas: o conhecido - e por vezes temido - processo de "*clearance*".

Nesse sentido, entenda-se por "*clearance*" o nome conferido na prática - a partir de uma importação norte-americana - para o processo que envolve a obrigação de obter as devidas autorizações e licenciamentos necessários para a legítima realização e comunicação da obra ao público. Nas breves palavras do professor Sérgio Branco e de Pedro Paranaguá - apesar de empregarem expressão similar -, em sua obra "Direitos Autorais":

*"Denomina-se clearing o ato de obter todas as licenças necessárias para o uso de obras de terceiros que apareçam no filme, ainda que incidentalmente, de modo a evitar possíveis transtornos na exibição da obra."*⁹⁴

⁹⁴ PARANAGUÁ, Pedro e BRANCO, Sérgio. Direitos Autorais. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. Pág. 44.

Algo que, caso não seja correta e plenamente realizado, pode até mesmo impedir a cobertura por parte de determinados seguros, além de inviabilizar vendas e contratações junto às empresas distribuidoras.

Trata-se, portanto, de um processo complexo, que envolve não somente a análise do roteiro para identificar adaptações, histórias baseadas em fatos reais, a procedência do título usado ou dos nomes de personagens. Esse comentado processo de *clearance* envolve igualmente um exame aprofundado do produto audiovisual final como um todo, inserindo-se aqui elementos como: a arte utilizada, incluindo seus cenários, figurinos e os objetos de cena escolhidos; as locações externas, nomes de lojas e aquelas pessoas que eventualmente foram retratadas pelas câmeras; as funções realizadas durante toda a produção do filme, garantindo-se a obtenção das devidas autorizações, cessões e licenciamentos, assim como se elencando todas as indicações para inserção em créditos finais; e as obras pré-existentes incluídas na versão final da obra audiovisual, tais como imagens de titularidade de terceiros e elementos de sonorização.

Diante da evidente dependência de tais autorizações, diretamente relacionada a própria adequação da obra audiovisual para exibição pública - e consequente levantamento de receitas -, titulares de direitos assumiram na prática a comentada posição abusiva de barganha, potencializada no Brasil pela omissão do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Um problema grave que, diga-se de passagem, não se configura como uma grande novidade no Brasil. Nesse caminho fazem-se pertinentes as palavras de Allan Rocha de Souza, em seu artigo "Direitos Autorais e as Obras Audiovisuais: entre a Proteção e o Acesso", ao tratar de antigas incidências jurisprudências que versavam acerca da possibilidade de inclusão de obra alheia em compilação para fins didáticos.

O caso em tela, tratado pelo autor, se refere ao Recurso Extraordinário de nº 75.889, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal na segunda metade do ano de 1977, cuja ementa pode-se avaliar a seguir:

*"1. Constituição de 1946, Art. 141, Par 19. Constituição de 1967 com a emenda n 1/89, Art. 153, Par 25. A obra literaria e o direito de o autor utiliza-la. Esse direito abrange o de reproduzi-la. A segunda norma supracitada alterou a redação da primeira. 2. Código Civil, Art. 665, i. E reconhecível que tal regra deve ser aplicada em harmonia com o Par 25, do Art. 153, da Constituição, isto e, a reprodução a que se refere sobredito artigo no Inciso I pode ser feita nos termos expressos pela regra constitucional, ou seja, mediante pagamento, do autor da obra, do quantum correspondente a vantagem, ou ganho, ou lucro, que obteve a pessoa que reproduziu trecho de trabalho literario, artistico ou científico. 3. Voto vencido. 4. Recurso extraordinário a que o STF dá provimento."*⁹⁵

Diante da hipótese, relata Allan Rocha de Souza o que se segue:

"Na análise do RE nº 75.889, em que o autor Autran Dourado aciona a Bloch Editores, o relator, Ministro Antônio Néder, apontou para a ampliação dos poderes atribuídos ao autor com a alteração promovida pela Constituição de 1967 e reiterada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, e que esta alteração impõe uma nova interpretação ao artigo 666, I, do Código Civil de 1916, que com a Constituição deveria se compatibilizar, e determina a remuneração do autor da obra individual com base na vantagem auferida pelo responsável pela obra nova.

Conforme relatório do caso, na lide debateu-se a finalidade da obra em questão, se comercial ou didática, reconhecendo, em primeira instância, sua dupla finalidade. A decisão inicial considerou também que algumas das obras inseridas não eram de pequena monta e reconheceu o trabalho criativo dos organizadores. Concluiu o

⁹⁵ Informações processuais acerca do mencionado Recurso Extraordinário podem ser consultadas na internet através do link < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+75889%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m66umho>>.

magistrado pela procedência parcial, condenando a Editora à remuneração ao autor proporcional aos seus ganhos com a utilização da obra.

O Acórdão reverteu a decisão inicial considerando improcedente o pedido, ressaltando que a possibilidade de utilização decorre da finalidade didática, não obrigando que a obra resultante seja gratuitamente disponibilizada.

(...)

O voto conducente da decisão, a partir de uma interpretação literal, através de uma estrita análise dos sentidos linguísticos dos termos da norma, conclui que em qualquer utilização econômica da obra, ainda que inserida entre os limites da proteção, deve haver remuneração ao autor com base nos proveitos econômicos obtidos. Na decisão, o artigo 666, inc. I, do Código Civil de 1916, que se referia às limitações, não foi afastado pela reforma constitucional que alterou o conteúdo constitucional da proteção, mas condicionou o exercício dos direitos ali contidos à remuneração.

(...)

Em voto discordante, o Ministro Rodrigues Alckmin combate a interpretação adotada pelo relator, ao afirmar que ou se considera que o artigo do Código Civil fora revogado ou lhe assegura validade integral, não sendo razoável permitir o uso sem autorização e, ao mesmo tempo, impor uma remuneração por este uso. No caso, assevera a validade do artigo do Código Civil de 1916.

Advoga o Ministro a tese de que a finalidade didática da compilação, conforme estabelecida no artigo retromencionado, justifica sua utilização sem autorização prévia ou remuneração. Aponta, ainda, que o direito de utilização de obra alheia pode ser exercido de forma

*abusiva quando daí decorrer concorrência ilegítima. Ao final, acrescenta que uma simples coletânea de textos desacompanhados de contribuições próprias não se enquadra na dicção do artigo, mas que a compilação de trechos com finalidade didática, como no caso, 'não se confunde com o abuso resultante da mera edição comercial de contos alheios'.*⁹⁶

De fato, uma decisão que, apesar de posicionamentos notoriamente discutíveis, representa uma certa permanência dos embates práticos em si no decorrer do tempo, notadamente no que se refere à questão aqui abordada, tornada ampla e urgente diante dos avanços e da monetização da produção audiovisual moderna no país.

Nesse mesmo sentido, pode esse autor que ora se dedica à presente pesquisa contribuir com outro relato prático, dessa vez vivenciado durante gravação de produção cinematográfica na cidade de Nova Iorque, há poucos anos, o que sem dúvidas vem a acrescentar na compreensão da realidade agora estudada.

Em brevíssimas linhas, tratava-se de produção audiovisual cinematográfica independente, com equipe reduzida e cronograma simplificado, voltada para a materialização de obra narrativa ficcional.

Apesar de todas as gravações terem transcorrido dentro dos parâmetros de normalidade esperados para uma produção cinematográfica, tudo indicando para uma relativamente tranquila fase de pós-produção, revelaram-se justamente os problemas após a cuidadosa seleção e inserção de duas obras musicais de titularidade de terceiros dentro da obra audiovisual nova que se estava criando.

Na prática, ocorreu que, tendo em vista a sincronização de trechos significativos das obras musicais pré-existentes, desde a decisão acerca da trilha sonora escolhida foi determinado que seria necessário proceder ao requerimento de autorização expressa por parte de seus titulares de direitos autorais. Entretanto, definir e entrar em contato

⁹⁶ SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Autorais e as Obras Audiovisuais: entre a Proteção e o Acesso. In: SCHREIBER, Anderson (Coordenador). Direito e Mídia. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 264

com tais titulares se mostrou função das mais complexas e demoradas, por mais incrível que possa parecer.

Apenas após dezenas de contatos, com outras dezenas de pessoas diferentes, e alguns meses de espera, que se fez possível identificar os titulares de direitos e requerer autorizações e orçamentos. Durante todo o tempo buscou-se inclusive o contato com representantes de tais titulares no Brasil, enfrentando-se as exatas mesmas dificuldades encontradas em território norte-americano.

Alguns titulares de direitos jamais responderam, o que ensejou a revisão e adequação da obra, não a partir do ímpeto criativo do realizador, mas a partir da imposição trazida pela omissão dos titulares de direitos, que, por sinal, muitas vezes não parecem eles mesmos estarem preocupados com os legítimos interesses dos autores que criaram aquelas obras musicais.

Some-se a isso o fato de as obras inicialmente sincronizadas serem de renome internacional, criadas e interpretadas por músicos extremamente reconhecidos. Se nesse caso de obras renomadas e representadas por grandes empresas a dificuldade para encontrar e manter contato com os verdadeiros titulares de direito já se mostrou imensa, tende a parecer ainda mais complexa a identificação de titulares responsáveis por músicas de menor repercussão mundial.

No exato mesmo sentido, aprofundando-se no problema vislumbrado, cita-se igualmente outro caso ocorrido nos Estados Unidos da América, que envolveu o internacionalmente conhecido desenho animado intitulado de “Os Simpsons”.

Repise-se, embora o sistema de direitos autorais norte-americano mostre-se significativamente diferente do sistema brasileiro, o caso mais uma vez funciona perfeitamente para prosseguir com a contextualização da questão ora abordada, tendo em vista sua recorrência nos mais distintos territórios, em razão da universalização das diversas práticas do mercado e da própria atuação de empresas multinacionais nos mais distintos países.

Dessa forma, o caso ocorrido pode ser resumido ao fato de que, durante a década de noventa, o realizador Jon Else encontrava-se no período de gravação de seu documentário chamado “Sing Faster: The Stagehands' Ring Cycle”⁹⁷, obra essa dedicada a retratar os bastidores e a produção de evento nos quais eram executadas as óperas do “Ciclo do Anel”, de Richard Wagner.

No entanto, ao gravar certas cenas dos bastidores, o realizador optou por filmar alguns membros da equipe da produção da ópera em seu momento de descanso, enquanto um aparelho televisão encontrava-se ligado. Tal televisão exibia um episódio aleatório da referida obra animada “Os Simpsons”. Uma vez selecionadas as imagens pelo realizador para seu corte final, quatro segundos da cena incluindo expressamente a obra pré-existente foram incluídos no filme.

A partir daí, mesmo ciente da ínfima proporção representada por quatro segundos da referida obra, receoso e inseguro acerca da possibilidade do uso em sua obra nova daqueles mero quatro segundos de uma obra protegida por direitos autorais, possivelmente sob titularidade de uma grande companhia multinacional, o realizador optou por buscar autorização.

Entretanto, começou nesse momento sua peregrinação, passando desde o criador da obra até representantes das mais distintas empresas americanas. Nesse ponto, pertinente ressaltar que a prática segue realmente se revelando como algo cada vez mais comum no cotidiano da realização audiovisual. Finalmente, após os seguidos e complicados esforços para a identificação do atual detentor dos direitos de autor sobre a obra, restou cobrada exorbitante quantia para a inserção dos quatro segundos da obra no documentário, algo que extrapolava qualquer previsão e, principalmente, o modesto orçamento comumente destinado às produções documentais.

Impossibilitado de arcar com os valores cobrados pelo uso incidental de meros quatro segundos da obra de animação pré-existente, o realizador fez opção por manter a cena, porém substituir digitalmente as imagens exibidas no televisão por trecho de

⁹⁷ Maiores informações acerca da obra podem ser obtidas na internet diretamente através do seguinte link: <<http://www.imdb.com/title/tt0181817/>>.

antigo filme de sua própria titularidade, o que por si só se mostra como algo extremamente prejudicial para um documentário, principalmente quando trazemos à tona que tal tipo de obra assume justamente a função de documentar fatos reais e deveria colaborar com a construção da memória coletiva⁹⁸.

Nesse momento, mesmo diante da argumentação no sentido de que a obra documental necessita de vinculação mínima aos fatos reais para demonstrar visões sobre esse ou aquele objeto, pode-se pensar que, na hipótese de o realizador não possuir os recursos necessários para arcar com qualquer que seja o valor exigido pelo titular de direitos de autor, deveria realmente se abster o realizador de sincronizar a obra e buscar algo que esteja dentro de suas previsões orçamentárias, ou até mesmo suspender a produção e exibição da obra até que possa levantar os valores cobrados.

Um posicionamento que, apesar de não se mostrar raro por parte de detentores de direitos, parece ir na contramão não somente da própria origem da proteção dos direitos autorais, mais igualmente dos hábitos de relacionamento social modernos, fato que se vem defendendo desde as páginas iniciais do presente exame.

De qualquer forma, prosseguindo-se no caso agora em análise, embora tudo indicasse que se tratava de uma hipótese de uso justo, o realizador não se considerou em condições de suportar os riscos de enfrentar um processo judicial em terras norte-americanas e de ter até mesmo a exibição da sua obra postergada em anos, podendo ser inclusive proibida tal comunicação pública.

Dito isso, adentra-se no próximo caso a ser retratado, esse novamente ocorrido no Brasil. Inicia-se a partir daqui maior aproximação com o último e principal caso concreto a ser aqui abordado. No que tange a esse referido caso, pode-se fazer uso mais uma vez da narrativa constante das palavras do professor Sérgio Vieira Branco Junior, inseridas em sua obra "A Produção Audiovisual sob a Incerteza da Lei de Direitos Autorais", posto que:

⁹⁸ LESSIG, Lawrence. Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity. Pág 96.

“Recentemente, foi produzido documentário biográfico sobre conhecido humorista brasileiro. O objetivo do filme era traçar, em cerca de uma hora, a trajetória do ator e a história de sua personagem mais conhecida pelo grande público.

Uma vez que o filme buscava apresentar a síntese da carreira do comediante, nada mais razoável do que usar pequenos trechos de obras antigas nas quais o ator havia participado. Assim, a diretora do filme decidiu usar, na própria obra (que chamaremos de “Filme Novo”), dois trechos de filmes da década de 1960 em que o ator biografado aparecia atuando (que chamaremos de “Filmes Antigos”). Cada trecho dos Filmes Antigos durava menos de um minuto e ambos pertenciam a obras fora de circulação comercial.

A intenção da diretora era, evidentemente, ilustrar o início da carreira do comediante, o que parecia importante para a realização do seu filme. Assim sendo, decidiu entrar em contato com os titulares dos direitos autorais dos Filmes Antigos para pedir a autorização que ela entendia ser devida.

Uma vez consultados, os titulares dos direitos autorais afirmaram que apenas permitiriam o uso de suas obras mediante pagamento de valor que correspondia a aproximadamente 50% do orçamento total do filme. Naturalmente, esse valor extrapolava qualquer possibilidade de ser pago pela produção do Filme Novo, e se o preço exigido fosse mantido, o filme não poderia se valer de trechos dos filmes produzidos nos anos 1960.

Depois de algum tempo de negociação, a diretora conseguiu reduzir o valor para cerca de 10% do total pedido inicialmente. Dessa forma, as

licenças foram conferidas e os trechos dos Filmes Antigos puderam ser legalmente inseridos na nova obra.”⁹⁹

Parece evidente a situação aqui retratada, em sintonia com o que se vem tentando expor. Mesmo diante de inegáveis hipóteses de aplicação das exceções aos direitos de autor, na prática muitos dos titulares de direitos se posicionam no sentido de ignorar a legislação pátria, observando-se tão somente quando se faz benéfico a si mesmo.

Mais uma vez, embora existam as previsões legais expressas no sentido de amparar o interesse da realizadora e impedir cobranças indevidas por parte de titulares de direitos autorais, nota-se que a insegurança gerada faz com que os realizadores se vejam obrigados a arcar com valores sequer devidos, sob pena de possíveis prejuízos ainda maiores à sua atividade.

É diante de tais comprovações que se julga suficiente a descrição do contexto prático do mercado audiovisual cinematográfico brasileiro, parecendo a partir de agora compreendido o pano de fundo das atividades retratadas nessa pesquisa, razão pela qual se encerra o presente segmento e adentra-se no estudo do derradeiro caso prático que vem nesta pesquisa guiando as discussões acerca da inobservância dos limites aos direitos autorais no Brasil.

⁹⁹ BRANCO, Sérgio. A Produção Audiovisual sob a Incerteza da Lei de Direitos Autorais. Pág. 81.

- IV -

**A INOBSERVÂNCIA DAS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS NA PRÁTICA DO
MERCADO BRASILEIRO**

IV) A INOBSERVÂNCIA DAS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS NA PRÁTICA DO MERCADO BRASILEIRO

Ante tudo que se vem expondo, considerado o contexto do mercado audiovisual cinematográfico na prática e comprovada a recorrência dos relatos mencionados, passa-se a avaliar agora essa inobservância desarrazoada das limitações aos direitos autorais na prática do mercado brasileiro, o que se inicia a partir do caso de maior importância para o presente escrito, representado pela Ação Declaratória de nº 0352238-03.2009.8.19.0001¹⁰⁰, originária da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, passando-se em seguida à discussão da aplicação devida da Lei de Direitos Autorais na prática.

a) O Caso do Documentário “Alô, Alô, Terezinha!”

Dessa forma, inicialmente cabe informar que a Ação Declaratória em questão trata exatamente de requerimento em razão da conduta comumente adotada por editoras musicais - no caso, as titulares de direitos patrimoniais de autor no Brasil - durante o processo de negociação precedente ao licenciamento para sincronização de obras musicais pré-existentes em obras audiovisuais novas, no caso específico, no Documentário “Alô, Alô, Terezinha!”.

Sobre o documentário em comento, informa-se que se constitui por obra publicada no ano de 2008, destinada a narrar a história de Abelardo Barbosa, renomado apresentador brasileiro, vulgarmente conhecido pelo nome de “Chacrinha”¹⁰¹.

Com duração total de 89 minutos, direção de Nelson Hoineff, coproduzido pela Comunicação Alternativa e pela Globo Filmes, “Alô, Alô, Terezinha!” chegou a ser indicado ao Grande Prêmio do Cinema Brasileiro como melhor filme de documentário

¹⁰⁰ Informações processuais acerca da referida Ação Declaratória podem ser consultadas na internet através do link <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2009.001.324314-3>>.

¹⁰¹ José Abelardo Barbosa de Medeiros, o “Chacrinha”, é considerado como um dos maiores nomes da história da televisão brasileira, tendo falecido no ano de 1988. O comunicólogo teve sua trajetória marcada principalmente na televisão, ao apresentar por mais de 20 anos programas de auditório nos quais foram revelados grandes nomes da música brasileira.

e apresentava entrevistas, depoimentos e cenas dos programas do referido comunicador Abelardo Barbosa, principalmente o “Cassino do Chacrinha” e a “Buzina do Chacrinha”, de enorme audiência na época em que eram exibidos.

Via de consequência, o documentário reuniu apresentações históricas de artistas hoje de renome, assim como contava com a participação dos chamados “calouros”. Os primeiros, muitos em início de carreira naquele tempo, em busca do necessário espaço na televisão para divulgação de seus trabalhos e reconhecimento público e, os segundos, em busca de um sonho, de uma oportunidade ou de alguns poucos segundos de fama.

Tendo em consideração a necessidade do realizador da obra audiovisual em arcar com o compromisso de retratar os fatos históricos como ocorreram, foram utilizadas no documentário diferentes obras musicais interpretadas por artistas e calouros, nenhuma em sua integridade, apenas trechos das mesmas, alguns maiores, outros menores. Nesse sentido, é elucidativo trecho inserido quando da elaboração da petição inicial da referida ação, segundo o qual:

“Fosse uma obra de ficção, poder-se-ia escolher obras musicais da forma mais livre possível ou, até mesmo, encomendar uma trilha sonora original. Entretanto, em se tratando de um Documentário, a fidelidade histórica se torna essencial, exatamente por se tratar de elemento fundamental e caracterizador de um documento histórico – no caso, o Documentário ‘Alô, Alô, Terezinha!’.”¹⁰²

Aqui se pede licença para levantar a pertinente discussão que envolve obras documentais e obras ficcionais, fazendo-se menção expressa ao fato de não ser razoável se considerar mais frágil a observância dos limites aos direitos de autor ao se tratar de uma ficção. Apesar da estratégia utilizada para convencimento do juízo, independente da natureza ficcional ou documental, uma vez observados os requisitos necessários para a aplicação dos comentados limites, os mesmos devem ser observados.

¹⁰² TJRJ. Ação Declaratória nº 0352238-03.2009.8.19.0001. Petição Inicial. Pág. 4.

Dito isso, para criar essa obra audiovisual cinematográfica nova o realizador fez uso de trechos de diversas obras musicais pré-existentes executadas em algum dos episódios dos programas ou interpretadas livremente por algum dos entrevistados durante os depoimentos individuais colhidos durante a produção do filme.

A duração de cada trecho das obras musicais variava de acordo com o artista retratado e o material selecionado, sendo certo que determinados trechos eram ínfimos enquanto outros mais significativos, conforme anteriormente apontado. A título ilustrativo, indica-se que a versão final da obra audiovisual contava com a utilização de obras musicais que se alternavam entre trechos desde três segundos de duração seguida até o máximo de um minuto. Logicamente, a duração total de cada uma dessas obras mostra-se igualmente diferenciada, em acordo com as particularidades de criação de cada música. Ainda assim, parece evidente que um trecho de três segundos de duração se configura como pequeno, apesar das constantes e expressas negativas dos titulares de direitos patrimoniais.

Entretanto, a Ação Declaratória em comento - por ser direcionada a apenas um dos titulares de direitos patrimoniais de autor, tendo em vista o despacho proferido pelo juízo de primeira instância com determinação para segmentar o processo, sob pena de restar prejudicado o desenvolvimento processual pela grande quantidade de réus - era destinada a tratar tão somente da inserção das obras “Gente Humilde”, de autoria de Chico Buarque, Vinicius de Moraes e Garoto, e “Bastidores”, de autoria de Chico Buarque¹⁰³.

Com relação à obra “Gente Humilde”, com duração total de 2 minutos e 29 segundos, foi sincronizado no documentário um trecho referente a 21 segundos de duração, o que, superada a devida matemática, representava aproximadamente 15% de seu total. No que se refere à obra “Bastidores”, sua duração total era de 3 minutos e 32 segundos, entretanto foi inserido no documentário trecho que representada 22

¹⁰³ Evidente que os direitos patrimoniais de autor sobre tais obras não estavam mais sob a titularidade de seus autores, mas sim de empresas atuantes majoritariamente no mercado da música.

segundos consecutivos de música, em uma representação aproximada de 10% da duração integral da obra.

Ou seja, na obra audiovisual cinematográfica nova foram sincronizados dois trechos referentes respectivamente a 15% e 10% de cada uma das duas obras musicais pré-existentes em questão.

Ainda assim, inseguro acerca das definições constantes da Lei de Direitos Autorais brasileira e diante da ausência de posicionamentos pacíficos do Poder Judiciário até mesmo ante a então raridade de ações nesse sentido, o realizador optou por entrar em contato com os titulares de direitos patrimoniais e informar sua pretensão em inserir as obras musicais em sua obra audiovisual, de acordo com o limite previsto na lei brasileira, exatamente como percebido nos casos previamente relatados.

Mais uma vez, como se podia esperar, as respostas recebidas não somente se posicionaram no sentido de afastar em abstrato a aplicabilidade dos limites aos direitos autorais, mas igualmente impuseram a exigência de valor aproximado referente a 600 mil Reais para a sincronização de todas as obras¹⁰⁴. Dessa forma, diante da manifesta desconsideração acerca da legislação brasileira, o realizador e produtor da obra cinematográfica optou por ajuizar a referida ação declaratória.

Nessa trilha, o objeto primordial determinado na petição inicial da ação foi justamente o requerimento da apreciação e declaração da licitude da utilização de tais obras musicais pré-existentes em uma obra nova, sem a necessidade de autorização por parte do titular de direitos patrimoniais de autor ou qualquer remuneração a ele, com fundamento na Lei de Direitos Autorais brasileira, especificadamente no que tange às suas limitações.

Apenas à título de esclarecimento, secundariamente foi requerido também o posicionamento do Juízo acerca da aplicabilidade pelos titulares de direitos patrimoniais de autor, da chamada "Cláusula de Nação Mais Favorecida", instrumento

¹⁰⁴ Ressalte-se que o orçamento total aprovado pela ANCINE para a captação de recursos por parte da produção de tal obra encontrava-se próximo à casa dos 980 mil Reais. Ou seja, as exigências dos titulares de direitos de autor excediam a metade do valor aprovado para a realização de toda a produção.

de Direito Público imposto pelos referidos titulares. Tal imposição dos titulares de direitos patrimoniais basicamente se resume à condição de que, mesmo assinado contrato estipulando o pagamento de determinado valor, caso fosse pago qualquer outro valor superior a outro titular de direitos, para a utilização de qualquer outra obra existente no mundo naquela mesma obra audiovisual nova, seria automaticamente devido o pagamento da diferença.

Uma prática que, de tão abusiva, por vezes não admite sua rápida compreensão. Repita-se, portanto, com um exemplo didático prático. Hipoteticamente, o produtor da obra decide pagar o valor de dez mil Reais para a sincronização de 10% de uma obra musical pré-existente em sua obra audiovisual nova. É imposta unilateralmente a chamada "Cláusula de Nação Mais Favorecida" pelo titular de direitos patrimoniais de autor sobre a obra musical, uma prática comum à grande maioria de tais titulares no mercado musical. Assim, se o produtor realizar o pagamento de 15 mil reais a um terceiro titular de direitos, para a sincronização de qualquer trecho de uma terceira obra musical, serão devidos automaticamente 5 mil reais a mais para o primeiro titular com o qual ele negociou.

Em síntese, a aplicação no âmbito privado de um instituto de direito público, imposta por diversos titulares de direitos autorais, funcionando explicitamente no intuito de fixar preços entre concorrentes. Logicamente que tal matéria foi facilmente superada diante do Judiciário, embora até hoje essa temerária Cláusula de Nação Mais Favorecida seja imposta nas contratações audiovisuais na prática. Uma questão que, entretanto, não se pretende aprofundar aqui.

Enfim, após todos os trâmites processuais de praxe e a produção probatória necessária, no dia 03.03.2011 foi publicada a primeira decisão judicial, proferida pelo juízo da 37ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, assinada por Ione Pernes, Juíza de Direito competente para o deslinde da questão. A Sentença, manifestamente desfavorável à produção da obra, seguiu os termos abaixo:

*"JUÍZO DE DIREITO DA 37ª VARA CÍVEL COMARCA DA CAPITAL
PROCESSO Nº: 0352238-03.2009.8.19.0001 Ação: DECLARATÓRIA*

(ORDINÁRIO) AUTOR(A): COMUNICAÇÃO ALTERNATIVA Ré(u): MAROLA EDIÇÕES MUSICAIS LTDA SENTENÇA Vistos etc. *COMUNICAÇÃO ALTERNATIVA propôs Ação Declaratória em face de MAROLA EDIÇÕES MUSICAIS LTDA, alegando que produziu o documentário intitulado 'Alô, Alô, Terezinha!', dirigido pelo jornalista Nelson Hoineff, com duração de 89 minutos, apresentando entrevistas, depoimentos e cenas dos programas de Abelardo Barbosa. Aduz, também, que enviou à suplicada cópia do produto com a indicação das obras musicais sob o seu controle, 'Gente Humilde' e 'Bastidores', e solicitou orçamento para a autorização da utilização das músicas, ressaltando a possibilidade de aplicação na espécie do art. 46, VIII, da Lei nº 9610/98. Acrescenta que a suplicada respondeu, apresentando condições financeiras inexecutáveis, além de condições inaceitáveis de execução contratual, adotando a cláusula de 'Nação Mais Favorecida' que impõe à suplicante obrigação de pagamento de valor complementar em favor da editora musical. Informa que o custo final de todas as autorizações e ou licenças a serem outorgadas montava R\$472.000,00, sendo que a importância captada para toda a produção do documentário foi de R\$984.629,62. Requer, assim, a declaração de que devem ser aplicados à espécie os critérios do art. 46, VIII da Lei nº 9.610/98, e de que as obras musicais controladas pela suplicada se enquadram na licença legal prevista no mencionado artigo, e, por consequência, desnecessária qualquer prévia autorização e ou pagamentos aos titulares dos direitos patrimoniais; declarar inaplicável a cláusula de 'Nação Mais Favorecida'; a declaração obrigatória da apresentação do contrato de concessão para utilização das obras musicais; além da apresentação de diversos documentos (fls. 254, itens 'i' e 'j'). Junta os documentos de fls. 50/196. Citada, a ré contesta o pedido, alegando que é uma editora de música que detém, com exclusividade, os direitos patrimoniais do autor Chico Buarque. Aduz, também, que*

encaminhou à autora as condições para a inclusão das obras musicais 'Gente Humilde' e 'Bastidores', na produção áudio-visual intitulada 'Alô, Alô, Terezinha!', e que consiste no pagamento de R\$2.500,00. Aduz, também, que com o pagamento emitirá a autorização, sendo que a autora considerou o valor excessivo e utilizou as obras musicais no Documentário, sem a concordância da ré, violando norma legal. Acrescenta que a autora estava obrigada, antes da inclusão das obras musicais na sua produção áudio-visual, a obter a prévia expressa e específica autorização exigida em lei. Rechaça, ainda, a aplicabilidade do art. 46, VIII da Lei 9.610/98 à espécie. Ressalta que a Cláusula da Nação Mais Favorecida decorre do princípio, segundo o qual, toda vantagem, privilégio ou imunidade que um Estado membro conceda a seus nacionais deve ser estendido imediata e incondicionalmente aos nacionais dos demais Estados membros. Aduz que a mencionada cláusula não foi utilizada pela contestante, mas ela assegura a prevalência do princípio da transparência, já que traz a obrigatoriedade da revelação de entendimentos envolvendo usos comuns que guardem harmonização na atribuição de preços e inibam determinados privilégios, não se tratando de prática lesiva. Por derradeiro, alega que a autora demanda de forma maliciosa, e requer seja-lhe aplicada a pena de litigância de má-fé. Junta os documentos de fls. 279/300. Manifesta-se, a autora, sobre a resposta, às fls. 303/337. Em provas, às fls. 350/356 e 358. Saneamento do processo, deferindo provas oral e documental, fls. 365. Audiência de Instrução e Julgamento, com desistência da prova oral e alegações finais orais das partes, às fls. 368. É o relatório Passo a decidir: Trata-se, na espécie, de Ação Declaratória. Restou incontroverso das provas dos autos, que a autora produziu o documentário intitulado 'Alô, Alô, Terezinha!', dirigido pelo jornalista Nelson Hoineff, o qual trata da divulgação da história do artista Abelardo Barbosa, o 'Chacrinha'. Inconteste, ainda, que, no documentário, a autora incluiu programas

televisivos com apresentação de artistas e calouros interpretando obras musicais, dentre eles 'Bastidores' e 'Gente Humilde', criações intelectuais de titularidade da ré. Aduz, a autora, que solicitou autorização à ré para a utilização dos produtos musicais, mas aquela exigiu um valor que inviabiliza a apresentação do documentário sobre o artista Abelardo Barbosa, requerendo, dentre outros pedidos, a aplicação à espécie do art. 46, VIII da Lei nº 9.610/98. Não procede a pretensão autoral. Já, de início, cumpre observar, que à autora pertence o direito exclusivo de usar, fruir e dispor de suas obras, dependendo de autorização prévia daquela para a utilização da criação intelectual, quer, para reproduzi-las, quer, para incluí-las em produções audiovisuais. Assim, já, de plano, infere-se que a autora, apesar de ciente da necessidade de obter previamente a anuência do titular do direito patrimonial para a inclusão das obras no Documentário que iria realizar, optou por produzi-lo, independentemente do cumprimento das exigências legais, pretendendo, a posteriori, legalizar a situação, arcando, pois, com as consequências. É certo que, sem autorização do autor, é vedada a reprodução da obra; entretanto, existem reproduções que não constituem ofensa aos direitos do autor, dentre elas a indicada pela autora da ação e descrita no art. 46, VIII da Lei nº 9.610/98, a saber:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:
..... VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. De uma leitura, ainda que perfunctória do dispositivo, já se extrai que para a legitimidade da reprodução da produção, sem a autorização do titular do direito, faz-se mister que a

reprodução seja de pequenos trechos da obra, que não seja o objetivo principal da obra reproduzida, e não cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. Já, de plano, é o forçoso convir, que não restou comprovado no processo que a reprodução houvesse sido de pequenos trechos das obras musicais dentro do contexto da produção audiovisual, do mesmo modo, não foi possível aferir se a obra causaria algum dano injustificado aos interesses do autor da obra. Vale, também, aduzir, que a utilização da produção audiovisual tem nítido intuito de lucro, além de não ter sido produzida com cunho científico, ou literário, ou didático, ou meramente informativo. Importa, ainda, mencionar, que a regra é a proteção ao direito do autor da obra, e a consequente necessidade de autorização prévia para a reprodução do produto, sendo que as formas de utilização da criação sem que necessitem da autorização do autor é exceção à regra, e, portanto, de interpretação restritiva. Ademais, não é ocioso aduzir que, sequer, foi possível aferir-se a imprescindibilidade da reprodução das obras musicais de Chico Buarque na produção audiovisual 'Alô, Alô, Therezinha!', que, segundo a autora, tem por objeto resgatar a memória de Abelardo Barbosa, já que não produzida qualquer prova nesse sentido. Assim, não procedem as pretensões autorais de que é aplicável ao Documentário 'Alô, Alô, Therezinha!' a norma inserta no inciso VIII do art. 46 da Lei nº 9.610/98, e, por via de consequência, nem a desnecessidade da autorização prévia da ré e de pagamento pela reprodução da obra. Pleiteia, ainda, a autora, a declaração de inaplicabilidade da Cláusula da Nação Mais Favorecida ao contrato. Assiste razão à autora. A Cláusula da Nação Mais Favorecida consta do GATT (Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comerciais), incluída dentre os acordos da Organização Mundial do Comércio, e se refere à reciprocidade de tratamento que deve ser adotado entre os países contratantes no que concerne a vantagens, imunidades, ou privilégios no comércio de

produtos. O acordo tem por escopo à eliminação do tratamento discriminatório em matéria de comércio internacional. Conclui-se, assim, que a aplicação desta cláusula se dá na relação comercial entre países, não se vislumbrando, na espécie, a aplicação de um acordo internacional entre pessoas de um mesmo país, numa relação jurídica de direito privado. Improcede, também, a pretensão de apresentação de documentos, já que a matéria deve ser objeto de uma Medida Cautelar e não de uma Ação de rito Ordinário. Isto posto, JULGO PROCEDENTE, em parte, os pedidos, declarando a inaplicabilidade da Cláusula da Nação Mais Favorecida ao contrato de licenciamento e/ou autorizações da ré para fins de concessão de permissão de utilização de obras musicais em obras audiovisuais, e IMPROCEDENTE o pedido de aplicação do art. 46, VIII da Lei nº 9.610/98, no documentário 'Alô, Alô, Therezinha!' e EXTINTO o processo, sem resolução do mérito em relação à pretensão de apresentação de documentos, com base no art. 267, VI, CPC. Face à sucumbência recíproca, cada parte arcará com suas próprias custas e honorários advocatícios. P. R. I. Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2011. IONE PERNES JUÍZA DE DIREITO.”¹⁰⁵

Conforme se pode notar, a Juíza responsável entendeu pela ilegitimidade da utilização de trechos de aproximadamente 20 segundos sem a devida autorização, notadamente por entender não restar comprovado que se tratava de um pequeno trecho, por não conseguir aferir se houve dano injustificado aos interesses do autor da obra, por existir intuito de lucro na produção da obra¹⁰⁶ e por não vislumbrar cunho científico, literário, didático ou meramente informativo.

Ante o flagrante despreparo do juízo para o enfrentamento de questões referentes aos Direitos Autorais e o manifesto afastamento de interpretações minimamente

¹⁰⁵ TJRJ. Ação Declaratória nº 0352238-03.2009.8.19.0001. Sentença.

¹⁰⁶ Chama-se atenção antecipadamente, mais uma vez, para o fato de ambos os incisos III e VIII do Artigo 46 da Lei de Direitos Autorais não determinarem em qualquer momento a ausência de intuito de lucro como condição para sua aplicabilidade, conforme se perceberá mais adiante, diferentemente do que é exigido em outros incisos.

fundamentadas na legislação vigente no país, tal decisão foi alvo de recurso de apelação, sendo reformada em sede recursal, como já se fazia previsível.

O Acórdão, proferido pela 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e publicado em 03.08.2011, relatado pelo Desembargador Fernando Fernandy Fernandes, expõe em suas razões que:

“VOTO

As apelações são tempestivas e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade.

A questão posta deve ser analisada à luz da Lei nº 9.610/98.

O art. 22 da referida lei prevê que ‘Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.’ Por isso, depende de autorização qualquer forma de utilização da obra (art. 29).

Entende a parte autora que à hipótese deveria aplicar-se o inciso VIII do art. 46, que assim dispõe:

‘Art. 46 Não constitui ofensa aos direitos autorais:

(...)

VIII – a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.’

A ré é editora de músicas e por força de contratos de edição/cessão firmados com o autor das obras citadas, conhecido pelo público como Chico Buarque de Hollanda, é exclusiva detentora dos direitos

patrimoniais incidentes sobre suas obras musicais, conforme contrato anexado.

Desde a legislação anterior (Lei nº 5.988/73), já era possível a reprodução de trechos de obras no contexto de obra maior, desde que esta apresentasse caráter científico, didático ou religioso e houvesse indicação da origem e do nome do autor (art. 49, I, “a”).

Na legislação atual a reprodução de trechos também não constitui ofensa aos direitos do autor, desde que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e não prejudique a exploração normal da obra reproduzida, nem cause prejuízo injustificável ao autor.

A utilização das músicas ‘Bastidores’ e ‘Gente Humilde’ pela parte autora se deram na obra denominada ‘Alô, Alô, Terezinha!’, documentário sobre o artista Abelardo Barbosa, o Chacrinha, conhecido do público geral por lançar no mercado fonográfico diversos nomes da música popular brasileira e estrangeira, além do famoso programa de calouros.

O filme buscou mostrar o legado de Chacrinha na TV e a forma como se consolidou o formato de programas de auditório, com trechos do programa ‘Cassino do Chacrinha’ e depoimentos de pessoas que passaram pelo palco do apresentador. Além de entrevistas com as antigas ‘chacretes’ e intérpretes de renome, participaram do documentário vários artistas descobertos e revelados por Chacrinha.

Não há dúvidas acerca da importância do comunicador para o contexto artístico nacional, assim como não se discute a grande valia do próprio documentário, que, como toda obra desta espécie, tem o compromisso de retratar fielmente o tema abordado. Não foi à toa que ‘Alô, Alô Terezinha’ foi eleito o melhor filme do 13º Cine PE - Festival Audiovisual do Recife.

A parte autora afirma na exordial que entrou em contato com a ré, por conta da necessária autorização para utilização parcial das obras musicais citadas. Corroboram para tal assertiva as provas carreadas aos autos por ambas as partes.

A autora alude que as condições financeiras apresentadas pela ré são inexecutáveis e que a utilização da ‘Cláusula de Nação Mais Favorecida’ impõe de forma abusiva o pagamento de valor complementar. Alega ainda ilegalidade da recusa de aplicação do inciso VIII do art. 46 da lei. Pelos motivos narrados, viu-se forçada a encerrar as negociações individuais e iniciar processo de negociação coletiva.

Depreende-se do documento de fl. 138/139 que a música ‘Bastidores’ de duração de 3 minutos e 32 segundos, interpretada por Cauby Peixoto, foi apresentada por 22 segundos no documentário e que a música ‘Gente Humilde’, de 2 minutos e 29 segundos de duração, foi reproduzida por ex-calouro durante 21 segundos, lembrando a ‘buzinada’ do Chacrinha à época (fl. 70).

Embora não haja menção legal ao que seria ‘pequeno trecho’, sabe-se que o mesmo caracteriza-se por um fragmento da obra que não contempla sua substância, ou seja, não se refere à extensão da reprodução, mas sim ao conteúdo reproduzido, isso porque é possível que em 10 ou 15% de reprodução esteja contemplando parte substancial da obra protegida.

A proteção oferecida pela lei às obras intelectuais e aos seus titulares tem uma limitação no tempo. Justifica-se a medida na contribuição dos criadores à cultura do país.

Assim, esgotado o prazo de proteção, deixam as obras de pertencer ao ‘domínio privado’ de seus titulares e passam a ser de uso de todos, da sociedade em geral, passando ao ‘domínio público’.

A lei define e exemplifica o que são as obras protegidas, mas também menciona as obras que dispensam a prévia autorização para seu uso. Nesses casos evidencia-se o predomínio do interesse público sobre interesses privados.

No caso em tela, percebe-se que no tocante à obra ‘Bastidores’, como mencionado, sua reprodução no documentário se deu através da reapresentação parcial da cena em que o intérprete Cauby Peixoto cantava a música no programa do Chacrinha. Quanto à música ‘Gente Humilde’, sua reprodução se deu através da interpretação de pequeno trecho por calouro participante do programa televisivo, ao lembrar-se da situação em que foi excluído da disputa pelo apresentador.

As situações descritas em nada se assemelham àquelas nas quais as músicas reproduzidas fazem parte da trilha sonora da produção cinematográfica. Em tais hipóteses justifica-se, não só a autorização do autor da obra, como passa a ter ele o direito à indenização pela reprodução em si, em cada projeção do filme.

Nesse sentido já se posicionava o Supremo, nos idos anos 60:

*‘RE 54562 / GB - GUANABARA RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA Julgamento: 06/09/1965
Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENODJ 22-09-1965 PP- EMENT VOL-
00631-01 PP-00188 RTJ VOL-00034-03 PP-00332 DIREITO DE AUTOR.
DIREITO DOS COMPOSITORES EM RELAÇÃO AS SUAS MUSICAS
INCLUIDAS EM FILMES CINEMATOGRAFICOS. O ATO DO COMPOSITOR
AUTORIZAR A INCLUSAO DA SUA MUSICA, NOS FILMES, MESMO A
TÍTULO ONEROSO, NÃO IMPORTA EM RENUNCIA DE RECEBER ELE DO
EXIBIDOR REMUNERAÇÃO CABIVEL PELA REPRODUÇÃO MUSICAL, EM
CADA PROJEÇÃO-EXECUÇÃO DO FILME SONORO. AÇÃO DOS
EXIBIDORES, PROPOSTA CONTRA A RECORRIDA, REPRESENTANTE*

DOS COMPOSITORES PARA ANULAR O ACORDO SOBRE ESSA REMUNERAÇÃO, SOB FUNDAMENTO DE TRATAR-SE DE ACORDO FUNDADO EM ERRO DE DIREITO. IMPROCEDENCIA DA AÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO JULGADO PELO PLENÁRIO. NÃO SE CONHECE DO RECURSO.’

Nota-se que, in casu, tem aplicação o inciso VIII do art. 46 da Lei nº 9.961/98, que se amolda perfeitamente a situação descrita, notadamente em razão da reprodução dos pequenos trechos das músicas, no documentário, terem por objetivo retratar exatamente os programas apresentados pelo grande Abelardo Barbosa, um dos apresentadores mais importantes da televisão brasileira entre as décadas de 50 e 80, e sua importante colaboração para a cultura popular do país.

Nesse sentido também já decidiu o STF:

‘RE 44754 / RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator (a): Min. RIBEIRO DA COSTA Julgamento: 20/12/1960 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA ADJ DATA 24-07-1961 PP-00198 DJ 25-01-1961 PP-00201 EMENT VOL-00451-04 PP-01313 RTJ VOL-00016-01 PP-00172 NÃO SE CONSIDERA OFENSA AOS DIREITOS DO AUTOR A REPRODUÇÃO DE TRECHO DE OBRA JÁ PUBLICADA, EM REVISTA DESTINADA A FIM LITERÁRIO, DIDÁTICO OU RELIGIOSO, DESDE QUE FEITA A INDICAÇÃO DA ORIGEM E DO NOME DO AUTOR.’

Vale lembrar que inúmeras obras de variados artistas e compositores foram utilizados no documentário, todas de forma parcial, evidenciando o intuito do documentário já revelado.

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso da parte autora e nega-se provimento ao recurso da ré, julgando-se procedente o pedido inicial, para declarar desnecessária a prévia autorização do titular dos direitos patrimoniais do autor das composições

‘Bastidores’ e ‘Gente Humilde’, no documentário ‘Alô, Alô, Terezinha’, dispensando-se o pagamento pela utilização de pequenos trechos das músicas na citada obra, por adequar-se a hipótese à situação descrita no inciso VIII do art. 46 da Lei nº 9.610/98. Por via de consequência, não se conhece dos pedidos subsidiários contidos na exordial.

Condena-se a demandada ao pagamento das custas e dos honorários de sucumbência, estes arbitrados em R\$ 2.000,00.

Rio de Janeiro, 03 de agosto de 2011.

FERNANDO FERNANDY FERNANDES

DESEMBARGADOR RELATOR”¹⁰⁷

Em seguida a tal Acórdão foram oferecidos Embargos de Declaração, conhecidos pelo Tribunal, porém negados em seu provimento¹⁰⁸. Da mesma forma, foram desconsiderados o Recurso Especial destinado ao Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Extraordinário destinado ao Supremo Tribunal Federal¹⁰⁹, sendo mantida definitivamente a determinação final do Acórdão.

Portanto, uma vez apresentado e compreendido o caso tratado com a exigida completude, torna-se agora possível seguir com as discussões propostas ao adentrar na análise da Lei de Direitos Autorais brasileira e seus limites.

¹⁰⁷ TJRJ. Ação Declaratória nº 0352238-03.2009.8.19.0001. Acórdão. Íntegra da decisão disponível em:

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003CA110E845B56DD3F70B3BA9E391B56A225C4030B1D2D>>.

¹⁰⁸ Os Embargos de Declaração podem ser consultados através do link <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D755D0C21F3D8B3D3D353C34ED074573F1C403103357>>.

¹⁰⁹ Para maiores detalhes, consultar as referidas informações processuais encontradas a partir do link <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2009.001.324314-3>>.

b) Os Limites na Lei de Direitos Autorais Brasileira

Assim sendo, volta-se a tratar novamente da Lei de Direitos Autorais e sua esmerada aplicação ao caso concreto que agora se fez devidamente exposto, o que deveria permitir aos realizadores de obras audiovisuais o exercício de sua atividade com alguma segurança e previsibilidade, fazendo-se observadas as limitações expressas nos dispositivos já antecipados pelas decisões acima aduzidas.

Para tanto, além de expostas algumas particularidades da legislação brasileira, devem-se considerar expressamente os limites aos direitos autorais, sejam eles intrínsecos ou extrínsecos, conforme se pretende demonstrar a seguir.

Portanto, recorde-se que no âmbito infraconstitucional a mencionada Lei de Direitos Autorais trata especificamente, em seu Capítulo IV, das limitações aos direitos autorais. Prevê a Lei que:

"Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais,

seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

*Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.*¹¹⁰

Nesse ponto, interessante notar posicionamento tradicional clássico da doutrina e jurisprudência nacionais no sentido de indicar que a previsão dos limites por parte da Lei de Direitos Autorais se restringe aos seus três artigos acima reproduzidos, constituindo-se como rol taxativo, no qual se encontrariam previstos todos os limites possíveis aos direitos autorais do ordenamento pátrio.

Quem igualmente aponta tal fato é Allan Rocha de Souza, em seu artigo "Direitos Autorais e as Obras Audiovisuais: entre a Proteção e o Acesso", informando que nesse debate levantado muitos defensores da taxatividade afirmam se tratarem de exceções - e não limitações - ao direito de autor, o que deveria se acumular com a interpretação restritiva em favor do autor prevista na Lei de Direitos Autorais.¹¹¹

Entretanto, uma decisão isolada do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, divulgada no ano de 2011, apontou para entendimento diverso, determinando que o rol de limites da lei é meramente "exemplificativo", conforme aponta o Recurso Especial nº 964.404 - ES (2007/0144450-5), de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Segundo o Ministro Relator, esses limites "*representam a valorização, pelo legislador ordinário, de direitos e garantias fundamentais frente ao direito à propriedade autoral*" e por serem "*o resultado da ponderação destes valores em determinadas situações, não se pode considerá-las a totalidade das limitações existentes*". A ementa do julgamento informa que:

¹¹⁰ Redação na íntegra dos Artigos 46, 47 e 48 da Lei de Direitos Autorais, acessível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>

¹¹¹ SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Autorais e as Obras Audiovisuais: entre a Proteção e o Acesso. In: SCHREIBER, Anderson (Coordenador). Direito e Mídia. São Paulo: Atlas, 2013. P. 267

"RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA.

I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita.

II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.

III - O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.

III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS.

IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais "não conflita com a utilização comercial normal de obra" e "não prejudica injustificadamente os interesses do autor".

*V - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO."*¹¹²

Um posicionamento de vanguarda, que sem dúvidas se sobressai entre os entendimentos mais rígidos sobre a temática, mas que se apresenta como indispensável diante da própria defasagem da Lei de Direitos Autorais. Dois exemplos breves explicam o que se tenta defender.

Primeiro, de acordo com a Lei de Direitos Autorais, é permitida a reprodução de obras para uso exclusivo de deficientes visuais, adequando-a ao sistema Braille ou outro procedimento cabível. Essa é a inteligência do Artigo 46, Inciso I, Alínea "d". Mas como ficariam os deficientes auditivos, por exemplo? Se o rol é taxativo, não há que se estender tal limitação a qualquer outro tipo de pessoa que sofra qualquer outra deficiência.

E o que se falar então da reprodução ou comunicação pública de obras para fins didáticos? Como pode funcionar uma escola de música, de cinema, de artes plásticas, sem que professores e alunos reproduzam, executem e exibam obras de terceiros? Considerando que a Lei de Direitos Autorais não prevê tal limitação em seu suposto taxativo rol, estariam tais sujeitos operando na ilegalidade? Seria então o caso de fechar escolas, recolher materiais didáticos e encarcerar professores?

Se for defendido que o rol é taxativo, ou seja, uma lista fechada de opções, não será possível alegar que a limitação se estende para outros tipos de deficiência ou que os usos para fins didáticos estejam autorizados. Afinal, tais hipóteses não estão lá previstas. Salvo melhor juízo, tal compreensão não parece soar bem a ouvidos minimamente razoáveis.

Mostra-se evidente, portanto, que a interpretação dos limites previstos na Lei de Direitos Autorais deve ser realizada em conformidade com as determinações da Constituição Federal da República, considerando-se o rol previsto como algo

¹¹² O voto e demais documentos acerca do processo podem ser acessados através do link <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200701444505>.

meramente "exemplificativo", conforme sugerido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Dito isso, sobre tal tema das limitações aos direitos autorais é farta a doutrina, comumente alicerçada em princípios de difusão da cultura, do conhecimento, do ensino e do interesse coletivo, em detrimento ao interesse individual, baseando-se não só nos limites internos aos direitos autorais, mas inclusive na discutida função social da propriedade intelectual e na proibição ao abuso do direito.

Diante de tal compreensão, tais limitações importadas pela Lei de Direitos Autorais não representam mera desestruturação do direito de autor no que tange ao seu monopólio, mas a busca do comentado equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual. Nesse sentido, indispensáveis as palavras de Carlos Alberto Bittar:

“Mas certas utilizações de obras protegidas estão excluídas da incidência dos direitos autorais, mesmo durante o prazo de exclusividade legal: são situações em que se permite o livre uso da obra, ou seja, independentemente de consulta ao titular e a consequente remuneração, a par dos casos de obras não alcançadas pela sistemática autoral (ou porque não protegidas, ou porque caídas e domínio público).

De fato, com a designação de limitações aos direitos autorais, a lei prevê, para obras protegidas, algumas exceções ao princípio monopolístico, atendendo a interesses vários de ordem pública.

Integrados ao sistema autoral ab origine, essas limitações, tecidas com linhas ditadas pela prevalência da ideia de difusão da cultura e do conhecimento, constituem derrogações à exclusividade do autor, encontrando guarida tanto na Convenção, como no Direito interno dos países componentes da União.

Dessas limitações, uma reveste-se de feição institucional, decorrente da própria conceituação do Direito de Autor – quanto ao prazo de

monopólio – e outras se aliam a exigências de várias ordens: quanto à censura, à informação, à cultura, ao ensino e a considerações ditadas pela prevalência de direitos da coletividade.

Assim, de início, a partir da noção de que o autor, na consecução da obra, sempre retira elementos do acervo cultural preexistente, tem sido sufragada, à unanimidade, a limitação no tempo dos direitos patrimoniais, para efeito de aproveitamento ulterior da obra pela coletividade. Retira-se – entre nós, apenas aos sucessores – a exclusividade de exploração e a obra cai no domínio público.

Além disto, exigências da sociedade impõem outras limitações aos direitos autorais. Assim, da vida pública decorrem as limitações concernentes à censura e ao controle das comunicações. De ordem didática são as relativas a coletâneas e antologias. De cunho científico, as citações (para ilustração do pensamento ou reforço) e as críticas (para divulgação de ideias e de ciência). Outras têm sido incluídas sempre em função dos mesmos interesses, em nível de exigências detectadas em cada país (entre nós a censura foi extinta).

Dessas exceções, umas ligam-se à própria sistemática convencional do Direito de Autor, mas outras se vão crescendo ao rol, com a expansão das técnicas, e sempre em razão de interesses da coletividade. Assim, em alguns países, sistemas de licenças legais têm proliferado, autorizando-se a utilização de certas obras, mediante a retribuição prevista, em face da dificuldade de obtenção individualizada de autorização, nos mecanismos já consagrados na prática (como, por exemplo, na área musical)."¹¹³

Por sua vez, o caríssimo Professor José de Oliveira Ascensão é categórico ao analisar as limitações aos direitos de autor e ensina que:

¹¹³ BITTAR, Carlos Alberto. Direitos Autorais. Pág. 69.

“Na realidade, assim como não há que falar de uma propriedade absoluta, também é deslocado partir do pressuposto de um direito de autor ilimitado. Todo o direito se desenvolve em certa esfera, marcada por lei por regras positivas ou negativas. Estas regras negativas são elementos constitutivos de atribuição em que o direito de autor se cifra, tanto como nas regras positivas.”¹¹⁴

Ainda a título de reforço doutrinário, citam-se as palavras de João Henrique da Costa Fragoso ao mencionar a doutrina anglo-americana do fair use e igualmente ao recordar que as previsões legais nacionais acerca da questão remontam aos idos de 1898, conforme se verifica a seguir.

“A doutrina do fair use – ou uso justo – anglo-americano visa garantir o livre uso de obras sem que daí advenha violações aos direitos de autor. Antes de tudo, é uma questão de interesse coletivo, como já entendido, visando atender as necessidades da universalização do conhecimento, um verdadeiro direito de comunicação no sentido mais amplo, de um lado, e de outro, a atender os interesses dos autores, de modo a que não se atente contra a normal exploração de suas obras, nem lhes cause injustificados prejuízos – como previsto na Convenção de Berna (art. 9).

As limitações ou exceções ao direito exclusivo do autor, bem como aos que lhe são conexos – entre os quais se encontra o fair use ou uso leal – encontram-se inscritas em nosso Direito interno desde a edição da Lei 496, de 1º. de agosto de 1889 (artigo 22) até a atual LDA (Artigos 48 a 48). É princípio universal e antigo.”¹¹⁵

Nesse ponto, tendo em vista o que se vem aqui construindo e a percepção de uma frequente repetição da palavra "exceção", comumente empregada pela doutrina e jurisprudência, revelam-se mais uma vez interessantes as considerações do professor

¹¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos. Pág. 212.

¹¹⁵ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. Págs. 314.

José de Oliveira Ascensão, em sua obra "Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos", justamente ao tratar dos limites aos direitos de autor na legislação portuguesa, posto que:

"Dissemos já que as utilizações livres não devem ser consideradas excepções, no sentido substancial. O Direito de Autor realiza a conciliação de interesses públicos e privados, de regras de cultura com preocupações de remuneração do autor, e assim por diante. É a resultante desse acervo de regras positivas e negativas. Por isso, os limites, como o seu nome indica, delimitam intrinsecamente os direitos; não são obstáculos exteriores a uma imaginária ilimitação.

*E consequência, as regras que trazem limites não são regras excepcionais, em sentido material, e nomeadamente não estão excluídas aplicações por analogia. Por isso ainda, deveriam surgir no próprio capítulo em que se prevê o direito de aproveitamento económico, e não em capítulo à parte."*¹¹⁶

Em tempo, destaque-se a importância do interesse social e a necessidade de sua consideração como fator determinante não apenas para a solução do caso do documentário "Alô, Alô, Terezinha!", mas igualmente para a garantia do melhor exercício profissional por parte daqueles que atuam nas atividades de realização cinematográfica.

Afinal, a própria motivação para a proteção primeira dos direitos intelectuais toma por base esse interesse maior da sociedade, posto que o reconhecimento do monopólio legal não vem representar uma simples premiação ao criador, mas antes de mais nada configura-se como uma forma de defender o interesse social a partir do estímulo da

¹¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos. Pág. 216.

produção criativa de obras artísticas e inovações técnicas, das quais todos potencialmente auferirão benefícios¹¹⁷.

Feitas tais considerações, importante seguir tal raciocínio no sentido de averiguar a aplicabilidade das referidas limitações aos direitos autorais, com foco direto naqueles incisos que vêm a ser centrais para a proposta aqui inicialmente apresentada.

c) A (in)Aplicabilidade Prática do Artigo 46 da Lei de Direitos Autorais

Assim, especificamente acerca da temática dos limites aos direitos autorais, dois incisos do Artigo 46 da Lei de Direitos Autorais se destacam para a análise que se vem estruturando. Tratam-se dos Incisos III e VIII, que se pede licença para reproduzir novamente:

“Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.”

Inicialmente no que tange à determinação prevista acerca do direito de citação, constante do Inciso III, infere-se imediatamente que a citação de passagem de qualquer obra – seja ela musical, audiovisual, literária, etc. – pode ser feita em qualquer meio de comunicação – novamente, seja ele qual for –, desde que exista a

¹¹⁷ GANDELMAN, Marisa. O Poder do Conhecimento na Economia Política Global: O Regime Internacional da Propriedade Intelectual, da sua Formação às Regras de Comércio Atuais. Pág. 51.

finalidade de estudo, crítica ou polêmica, seja feita na medida justificada ao fim que se pretende atingir e sejam indicados o nome do autor e a origem da obra¹¹⁸.

É justamente o que se faz muito comumente em obras literárias, embora o legislador claramente não imponha qualquer restrição a esse âmbito na redação do inciso. Pelo contrário, o legislador faz questão de inserir a expressão "*qualquer outro meio de comunicação*", deixando evidente sua intenção em expandir a incidência do dispositivo.

Nesse sentido, de fato essa se configura como prática amplamente aceita no mercado literário, sem qualquer exigência de autorizações ou remunerações, por exemplo, para a inserção de epígrafes no início de cada capítulo de uma obra nova com transcrições de trechos de obras pré-existentes¹¹⁹.

Imagine-se, nesse ponto, se um estudante de direito precisasse buscar o titular dos direitos patrimoniais de autor de cada obra citada em, por exemplo, sua tese. Imagine-se que, após tal identificação, esse mesmo estudante fosse obrigado a requerer autorizações e realizar pagamentos para cada trecho citado. Esse estudante que ora constrói o presente exame certamente estaria em maus lençóis.

Mas, como é notório, o direito de citação não é contestado pelo mercado literário, justamente porque tais utilizações fazem parte do processo criativo e reflexivo, não representando quaisquer prejuízos a quem quer que seja. Pelo contrário.

¹¹⁸ Interessante nesse ponto destacar a previsão da Convenção da União de Berna Relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas ao tratar da matéria, que, em seu Artigo 10, determina que "*1) São lícitas as citações tiradas de uma obra já lícitamente tornada acessível ao público, com a condição de que sejam conformes aos bons usos e na medida justificada pela finalidade a ser atingida, inclusive as citações de artigos de jornais e coleções periódicas sob forma de resumos de imprensa. 2) Os países da União reservam-se a faculdade de regular, nas suas leis nacionais e nos acordos particulares já celebrados ou a celebrar entre si, as condições em que podem ser utilizadas lícitamente, na medida justificada pelo fim a atingir, obras literárias ou artísticas a título de ilustração do ensino em publicações, emissões radiofônicas ou gravações sonoras ou visuais, sob a condição de que tal utilização seja conforme aos bons usos. 3) As citações e utilizações mencionadas nos parágrafos antecedentes serão acompanhadas pela menção da fonte e do nome do autor, se esse nome figurar na fonte.*".

¹¹⁹ BRANCO, Sérgio. A Produção Audiovisual sob a Incerteza da Lei de Direitos Autorais. Pág. 88.

Da mesma forma, é absolutamente aceitável que obras literárias de ficção façam uso de tal direito de citação. É o mencionado caso das inúmeras epígrafes que abrem capítulos de obras escritas há séculos. E se os próprios livros de ficção podem se valer do direito de citação, não parece razoável, muito menos legítimo, impedir então que outras obras de ficção, como por exemplo aquelas realizadas através de recursos audiovisuais cinematográficos, possam se valer da mesma previsão legal.

Essa se mostra como a conclusão lógica, salvo melhor juízo, a partir do exame dos requisitos previstos no inciso em comento. Afinal, obras audiovisuais são meios de comunicação e pode facilmente estar o realizador buscando utilizar apenas passagens de outras obras, seja para fins de estudo, crítica ou polêmica.

Diante do que foi levantado, abre-se nesse momento espaço para certa discussão no que tange à finalidade de estudo, crítica ou polêmica. Em regra, tal análise dependerá do caso concreto e ensejará avaliação pontual. Entretanto, parece crível defender que um documentário audiovisual possa assumir até mesmo a finalidade de estudo, embora a mesma discussão em uma obra de ficção possa ser aparentemente mais complexa. De qualquer forma, tal possibilidade se mostra mais aceitável quando vislumbrada em cada hipótese, a partir das construções do realizador da determinada obra audiovisual.

Ainda assim, as finalidades de crítica e polêmica inicialmente parecem ínsitas às próprias obras de ficção. Nesse sentido, o professor Sérgio Branco se posiciona da seguinte forma:

“Naturalmente, a LDA não pretende com o termo “estudo” criar um sinônimo para fins didáticos. Monografias, dissertações e teses estão repletas de citações de todos os gêneros porque são o resultado de um determinado objeto de “estudo” por parte do autor. Não significa que tais obras, independentemente do propósito que tenha motivado seus autores em sua elaboração, tenham ou não um fim didático. Tais obras podem nem mesmo vir a ser publicadas. Ainda assim, a citação de obras alheias é legítima.

O livro Morangos mofados, do escritor gaúcho Caio Fernando Abreu, não pode ser considerado uma obra acadêmica. Trata-se de um livro de contos, dividido em três partes (“O mofo”, “Os morangos” e “Morangos mofados”). Ao todo, o livro é composto por 18 contos. Ao longo de todo o livro, o autor faz diversas citações a obras alheias. Há epígrafes de Clarice Lispector, Osman Lins, García Lorca, Henrique do Valle, Fernando Pessoa, Cecília Meireles, Caetano Veloso e Walt Whitman, entre outros. Além disso, cita, no conto “O dia em que Urano entrou em Escorpião”, trecho atribuído a Ernest Becker, em sua obra A negação da morte.

Até onde temos conhecimento, essas citações jamais foram contestadas por seus autores ou por terceiros. O mesmo pode ser dito a respeito da obra de Jorge Luís Borges ou mesmo de Machado de Assis, pródigas em citações a obras alheias.

Tais exemplos demonstram que o direito de citação é incontestável dentro das obras literárias, desde que presentes os pressupostos legais. Além disso, torna-se evidente que ‘estudo, crítica ou polêmica’ é interpretado de maneira ampla, já que abrange indubitavelmente a produção literária de ficção e não apenas obras cujo fim é especificamente didático.”¹²⁰.

Adiante na análise, em relação à "medida justificada para o fim a atingir", passa-se a notar a inegável subjetividade prejudicial e causadora de indesejada incerteza aqui levantada. Ainda assim, parece que a Lei de Direitos Autorais busca aqui impedir apenas o abuso na utilização de obras protegidas por direitos de autor, o que pode fazer algum sentido, embora não pareça necessário se considerarmos as previsões do ordenamento jurídico como um todo, a serem interpretadas a partir das imposições da Constituição Federal. De qualquer maneira, de fato não faz qualquer sentido permitir a utilização livre se essa estiver desvirtuada de seus objetivos razoáveis.

¹²⁰ BRANCO, Sérgio. A Produção Audiovisual sob a Incerteza da Lei de Direitos Autorais. Pág. 90.

Por último, para finalizar a análise pontual desse Inciso III do Artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, comenta-se que a indicação de autoria e fonte em regra faz-se facilmente cumprida, bastando a já abordada inclusão dos créditos, como se percebe largamente da prática ao final de quase qualquer obra audiovisual produzida.

Considerando-se esse primeiro inciso analisado, tudo indica que obras pré-existentes já poderiam ser utilizadas pelo realizador na obra audiovisual nova sem a necessidade de autorização ou remuneração, conforme feito no caso concreto estudado. Mas a insegurança da lei faz com que a atividade de realização audiovisual esteja permeada por grandes receios em fazer tal uso livre, sem a autorização expressa do titular dos direitos de autor, conforme notado dos relatos expostos.

Entretanto, no caso específico das obras musicais utilizadas na obra audiovisual “Alô, Alô, Terezinha!”, a fundamentação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em defesa da legitimidade do referido uso recebeu expressamente a aplicabilidade das previsões contidas Inciso VIII do Artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, conforme transcrito e indicado, razão pela qual se passa a analisá-lo.

Nesse caso, a reprodução de obra pré-existente sem a necessidade de autorização por parte do titular dos direitos de autor será lícita somente quando cumprir alguns requisitos, quais sejam: se tratar de pequenos trechos (ou de obra integral no caso de artes plásticas), se a reprodução em si não for o objetivo principal da obra nova, se a reprodução não prejudicar a exploração normal da obra reproduzida e se a reprodução não causar prejuízo injustificável aos interesses dos autores.

E evidente aqui mais uma importação por parte do legislador brasileiro da solução encontrada pela Convenção da União de Berna Relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas. Nesse passo, abre-se espaço para a análise do dispositivo internacional, que dispõe:

“Artigo 9

1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.

2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

3) Qualquer gravação sonora ou visual é considerada uma reprodução no sentido da presente Convenção.”¹²¹

Cumpra aqui destacar que a referida Convenção de Berna serviu para instituir a conhecida regra dos três passos, utilizada largamente para se aferir a admissibilidade de limites aos direitos de autor. A partir daí foram reproduzidos tais ditames em outros instrumentos internacionais - como no citado Artigo 13 do TRIPS ou no Artigo 10º do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor -, porém com certos aperfeiçoamentos.

Interessante nesse tema abrir-se um parêntesis para mais um esclarecimento importante. Remete-se, para tanto, a meados do Século XIX, no qual se podia perceber um certo clima de certa "anarquia", nas palavras do Professor Sérgio Branco, em sua obra "O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro", posto que se notava evidente o descontrole no que tange à reprodução de livros na Europa e na América, fato possibilitado pelo então avanço tecnológico da indústria da época. Segundo o professor, tamanha liberalidade trazia duas consequências indesejadas:

"A primeira era de mercado: na Bélgica, na Holanda e na América, a primeira editora a publicar um livro estrangeiro, ainda que sem autorização, passava a gozar de um tipo de monopólio. Entre editoras, portanto, reinava uma espécie de convenção (de

¹²¹ Nesse ponto, interessante destacar igualmente a disposição do Artigo 13 do TRIPS, que prevê: “ARTIGO 13 - Limitações e Exceções - Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.”.

contrafação), graças a qual se reconhecia uma espécie de privilégio (courtesy copyright) àquela que publicasse pela primeira vez no país uma obra de autor estrangeiro em contrafação.

A segunda consequência afetava mais diretamente os interesses das monarquias europeias: era possível por meio da contrafação escapar à censura imposta em determinado país."¹²²

Exatamente por conta de tais acontecimentos que se iniciaram com maior força os debates acerca da tomada de medidas internacionais para a proteção da propriedade intelectual como um todo. Atualmente parecem evidentes os passos seguintes que foram adotados, culminando finalmente com a celebração, em 1986, da Convenção de Berna. Após seguidas revisões, chegou-se ao atual texto da Convenção, supostamente preparado para o posicionamento diante dos avanços tecnológicos modernos.

Nesse momento, pertinentes as considerações de Liz Beatriz Sass e Marcos Wachowicz, em seu artigo "O Direito Autoral como Propulsor da Diversidade Cultural: Falácias e Desafios". Afinal, afirmam os autores que:

"O estudo da biografia dos denominados Direitos de Propriedade Intelectual – DPIs – revela uma trajetória agitada e marcada por uma série de controvérsias. Embora o mundo contemporâneo tenha outorgado um lugar privilegiado a esses direitos, os quais ocupam um espaço estratégico e uma missão vital no comércio internacional, o seu processo de desenvolvimento até aqui pode ser descrito a partir de um conjunto de conflitos e de tensões."¹²³

Isso ocorreu porque o auge e a ascensão dos modelos de propriedade intelectual necessitaram de fórmulas legais complexas, e também de uma grande mobilização ideológica responsável por uma alteração de mundo que fosse capaz de transformar os objetos culturais em bens apropriáveis.

¹²² BRANCO, Sérgio. O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro: Uma Obra em Domínio Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Pág. 95.

¹²³ WACHOWICZ, Marcos (Coordenador). Direito Autoral & Economia Criativa. Curitiba: Gedai, 2015. Pág. 154.

Da mesma forma, uma vez mencionado o âmbito da regulamentação internacional, impende recordar o relevante Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC)¹²⁴, promulgado como um anexo ao tratado que instituiu a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Nesse ponto, importante destacar que o ADPIC/TRIPS, ao estipular a observância de certos dispositivos da Convenção de Paris¹²⁵, funcionou como propagador das imposições da mesma, embora inúmeras novidades tenham sido inseridas¹²⁶.

Ainda assim, pode-se afirmar que o acordo se mostrou, em verdade, como a imposição da adoção de uma “proteção efetiva”¹²⁷ da propriedade intelectual, combatendo-se as atividades de mercados do então chamado “eixo do mal”, do qual chegaram a fazer parte países como Brasil e China.

Assim sendo, a promulgação do ADPIC/TRIPS dedicou-se não só a corrigir determinados pontos de crítica referentes à mencionada Convenção de Paris, mas igualmente a conferir proteção mais rigorosa até mesmo à marca. Nesse ponto, a título de elucidação, especialmente por não se tratar exatamente da temática ora abordada, cita-se seu Artigo 16, segundo o qual:

“1. O titular de marca registrada gozará do direito exclusivo de impedir que terceiros, sem seu consentimento, utilizem em operações comerciais sinais idênticos ou similares para bens ou serviços que sejam idênticos ou similares àqueles para os quais a marca está registrada, quando esse uso possa resultar em confusão. No caso de utilização de um sinal idêntico para bens e serviços idênticos

¹²⁴ O termo é traduzido do inglês “*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*” e comumente referenciado pela doutrina internacional através da sigla “TRIPS”.

¹²⁵ A Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, do ano de 1883, sagrou-se como o primeiro acordo internacional relativo à proteção da propriedade industrial, assumindo exatamente o objetivo de harmonizar os diferentes sistemas jurídicos nacionais em conflito na época e conferir uma proteção mínima à matéria. Para maiores informações sobre a temática, recomenda-se a análise da obra “A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual”, do professor Dário Moura Vicente.

¹²⁶ VICENTE, Dário Moura. A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual. Pág. 150.

¹²⁷ O termo “*enforcement*” é rotineiramente utilizado pelo mercado e pela doutrina para rotular tal prática.

presumir-se-á uma possibilidade de confusão. Os direitos descritos acima não prejudicarão quaisquer direitos prévios existentes, nem afetarão a possibilidade dos Membros reconhecerem direitos baseados no uso.

2. O disposto no Artigo 6bis da Convenção de Paris (1967) aplicar-se-á, mutatis mutandis, a serviços. Ao determinar se uma marca é notoriamente conhecida, os Membros levarão em consideração o conhecimento da marca no setor pertinente do público, inclusive o conhecimento que tenha sido obtido naquele Membro, como resultado de promoção da marca.

3. O disposto no Artigo 6bis da Convenção de Paris (1967) aplicar-se-á, mutatis mutandis, aos bens e serviços que não sejam similares àqueles para os quais uma marca esteja registrada, desde que o uso dessa marca, em relação àqueles bens e serviços, possa indicar uma conexão entre aqueles bens e serviços e o titular da marca registrada e desde que seja provável que esse uso prejudique os interesses do titular da marca registrada.”¹²⁸

Dito isso, recorda-se ainda que a estrutura do ADPIC/TRIPS parece ser formada por três grandes eixos, sendo o primeiro destinado a prever os padrões mínimos de proteção em cada segmento da propriedade intelectual, o segundo destinado ao comentado *enforcement* e o terceiro dedicado à resolução de conflitos.

Portanto, novamente nesse âmbito percebe-se o retorno do discurso acerca de uma proteção mínima à propriedade intelectual. É curioso, entretanto, que tal proteção mínima tende a ser cada vez mais abrangente com o tempo, sem a previsão de limites máximos, o que poderia vir a prejudicar a própria concorrência tão defendida, conforme se vem comentando durante as presentes análises.

¹²⁸ Para maiores informações, consultar o ADPIC/TRIPS, o que pode ser feito a partir do acesso a: <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>>.

Feita tal digressão, abre-se espaço igualmente para apontar, como se vem percebendo, que o legislador brasileiro não se restringiu a simplesmente reproduzir os referidos dispositivos das cartas internacionais. Optou, entretanto, por atuar de forma ainda mais rigorosa, inserindo condições novas e sustentando termos excessivamente abertos e subjetivos, alguns retirados até mesmo de redação prévia às próprias alterações de Estocolmo, como foi o caso dos pequenos trechos¹²⁹. É também nesse sentido que Eliane Abraão se manifesta:

“Ao que parece, a introdução do novo dispositivo é fruto de lamentável confusão no atendimento nacional às normas internacionais recomendadas no trato geral da matéria. Expliquemos. Em Berna, está previsto o chamado fair use, o uso livre, a demonstrar que, como todo direito, o direito de autor também tem limites.

(...)

Todo o chamado uso livre de obra protegida, por princípio e recomendações internacionais, deve atender a essas condicionantes (a chamada “regra dos três passos”), a saber: a) que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova, isto é, que a reprodução parcial ou total, conforme o tipo de obra, sirva apenas como referência ou exemplo, e não constitua a razão de ser da obra nova; b) que a reprodução em si não prejudique a exploração normal da obra reproduzida, isto é, se alguém desejar comprar um livro sobre Picasso, por exemplo, não deixe de comprá-lo para adquirir o de um crítico que reproduz inúmeras telas do pintor, amparado nessa exceção de ausência de prévia autorização e ensejando uma espécie de desvio de clientela; c) que não cause, a obra nova, prejuízo injustificado aos autores, o que pode, como exemplo, significar a hipótese em que o autor sobreviva regularmente de pequenos

¹²⁹ Acerca do tema, consultar os ensinamentos do Professor Luís Menezes Leitão, especificamente em sua obra *Direito de Autor*, páginas 159 e seguintes.

licenciamentos de suas obras, o que deverá ser comprovado, e não simplesmente alegado, pelos meios admitidos em direito.

(...)

A norma do inciso VIII, portanto, está fadada à aplicação apenas parcial: pequenos trechos de obras preexistentes podem ser livremente utilizados, como parte de obra cuja finalidade é diferente da parcialmente reproduzida. Entretanto, se o autor ou titular entender prejudicial aos seus legítimos interesses terá que prová-lo (o uso de pequenos trechos dificilmente prejudica a exploração normal da obra). Se procedente seu pleito, há de lhe ser paga alguma remuneração, mas não a título de perdas e danos, porque o uso se deu com o permissivo do inciso VIII do art. 46, da Lei no 9.610/98.”¹³⁰.

Um posicionamento minimamente razoável, que se soma ao fato de inexistir na doutrina e na jurisprudência determinação exata e incontestada do que venha a ser o citado “pequeno trecho”. Ainda assim, embora esse pareça ser o ponto de maior obscuridade, termos como “exploração normal”, “prejuízo injustificado” e “legítimos interesses” são comumente criticados, embora mais facilmente contornados.

O que se sugere na prática para a determinação do que seria um pequeno trecho de uma obra é a ideia da prevalência do “bom senso” quando da análise da duração da obra integral original. Entretanto, por motivos óbvios, tal critério não apresenta qualquer valor para o âmbito jurídico. Afinal, o que diria o bom senso de um realizador que precisa incluir uma obra pré-existente em sua obra nova? E o que diria o bom senso de um titular derivado de direitos patrimoniais de autor que lucra a cada inserção paga de uma obra de sua titularidade?

Embora alguns já se tenham debruçado sobre o tema, os perigos e as dificuldades em definir o limite exato do pequeno trecho impedem o estabelecimento de um valor definitivo. Afinal, tal valor erroneamente fixado poderia prejudicar tanto os interesses

¹³⁰ ABRAÃO, Eliane. Direitos de Autor e Direitos Conexos. Pág. 151.

individuais legítimos do titular dos direitos de autor quanto interesses da sociedade. Por outro lado, se definido um número fixo - seja por lei ou por decisão judicial -, ainda que represente um percentual ínfimo e desarrazoado, parece ser benéfico à atividade de realização cinematográfico, visto que hoje, sem qualquer limitação pré-definida, resta praticamente desaconselhável fazer qualquer uso livre.

De qualquer forma, parece ser pacífico que o exame do pequeno trecho deva considerar a duração total da obra originária, identificando-se o percentual referente ao trecho utilizado¹³¹. De fato, determinado período de tempo pode fazer ser considerado algo como pequeno trecho em uma obra, mas não em outra. Explique-se. O pequeno trecho de uma ópera pode facilmente se constituir como algo superior ao pequeno trecho de uma canção publicitária, breve por natureza.

Portanto, diante da falta de parâmetros objetivos para fixação do que seria o malfadado “pequeno trecho”, profissionais envolvidos nas atividades de realização cinematográfica enfrentam a grave incerteza no decorrer de suas atividades. Se doutrina e jurisprudência não conseguem chegar a um consenso, como poderia determinar um realizador? E, ante a mencionada possibilidade de até mesmo eventual condenação penal na hipótese de prevalecer entendimento no sentido de considerar que tal uso foi ilegítimo, na prática se mostra natural - e até mesmo juridicamente recomendável - o afastamento de qualquer aplicação do limite previsto no Inciso VIII do Artigo 46.

Ainda assim, repise-se que a aplicabilidade de tal limite requer análise ainda mais complexa e não se resume apenas às caracterizações do que seria um pequeno trecho, como se pode inferir de sua própria redação.

Conforme mencionado, faz-se necessário igualmente verificar se a reprodução em si é o objetivo principal da obra nova, se existe prejuízo à exploração normal da obra reproduzida e se existe prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

¹³¹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. Pág. 321.

No particular caso do documentário “Alô, Alô, Terezinha!”, enquanto a primeira instância do tribunal carioca entendeu pela impossibilidade de definir se a reprodução de obras musicais confundia-se com o objetivo principal da obra audiovisual nova, sua segunda instância foi categórica ao negá-lo. E, de fato, parece que as obras se caracterizavam como meros acessórios¹³².

Tampouco entendeu a câmara recursal do tribunal do Rio de Janeiro que a reprodução dos pequenos trechos das músicas resultou em qualquer prejuízo à exploração normal das obras em questão, embora o juízo originário tenha novamente se julgado incapaz para fazer tal determinação.

Ainda assim, há que se ressaltar aqui a amplitude do que pode ser considerado como a “exploração normal” das obras. Caso se entenda que está inserida de forma irrestrita toda e qualquer possibilidade de cobrança nesse conceito, a conclusão seria no sentido de sempre se apontar para prejuízos à exploração normal. Contudo, o efeito imediato de tal interpretação seria a inaplicabilidade absoluta dos próprios limites, uma vez que jamais seria possível observar hipótese na qual se manteria incólume tal exploração. Nesse sentido encontram-se mais uma vez os ensinamentos do professor Sérgio Branco:

“O mercado convencionou a necessidade de pagamento pelo uso de obra alheia, ainda que se trate de pequenos trechos e ainda que esteja em jogo o direito de citação. A provável justificativa é que dentro da ‘exploração normal da obra reproduzida’ encontra-se o direito de licenciá-la. Essa interpretação é inadmissível, à luz dos argumentos expostos.

¹³² Nesse ponto, antigo julgado do Supremo Tribunal Federal traz interessante parâmetro a ser igualmente considerado. No julgamento dos referidos Recursos Extraordinários de nº 75.889-RJ e nº 83.294-RJ, ambos de 1977, o Ministro Cunha Peixoto afirmou que a obra nova “*deve valer pelo que seu autor nela pôs e não pela contribuição tirada de livros alheios. É preciso que a obra continue a ser, na verdade, uma obra, se expurgados os trechos transcritos*”. O raciocínio, embora não seja suficiente, é extremamente razoável e impõe a avaliação de persistência da obra sem os trechos, para só então ser a utilização considerada como lícita.

Só é possível entender o dispositivo legal (art. 46, VIII) com uma de duas possíveis interpretações. Ou a 'exploração normal da obra reproduzida' compreende o direito que tem o autor de licenciá-la (opondo-se a seu uso sem o correspondente pagamento), ou não. Se entendermos que o dispositivo compreende esse direito, então o dispositivo legal é inútil. Afinal, se a 'exploração normal da obra reproduzida' sempre abrange o direito de seu titular exigir prévia e expressa autorização para seu uso (e/ou pagamento correspondente), então toda e qualquer obra protegida por direito autoral encontra-se protegida nos termos do inciso, e ele não serve para nada.”¹³³.

É evidente, portanto, que a exploração normal não se refere a toda e qualquer possibilidade de cobrança. Refere-se, principalmente, à possibilidade de prosseguimento razoável por parte do titular de direitos de autor com as atividades vinculadas à exploração da obra.

Afinal, é improvável que usuários da obra pré-existente deixem de buscá-la por já ter acesso a pequeno trecho da mesma através de uma obra audiovisual. Imagine-se, considerando o caso em análise, o duvidoso absurdo que seria a hipótese de um determinado sujeito buscar o documentário "Alô, Alô, Terezinha!" apenas com o intuito de acessar trecho referente a 10% de uma música pré-existente. Em verdade, o que se percebe na prática é justamente o inverso, funcionando a obra audiovisual como espécie de publicidade para a obra pré-existente incorporada.

Mais uma vez, com relação aos interesses legítimos dos autores das obras, omitiu-se a primeira instância carioca, enquanto julgou inexistir qualquer prejuízo a segunda instância no caso “Alô, Alô, Terezinha!”.

¹³³ BRANCO, Sérgio. A Produção Audiovisual sob a Incerteza da Lei de Direitos Autorais. Pág. 97.

Assim, ainda que algum prejuízo fosse imposto aos autores ou titulares de direitos de autor, deve-se observar se o mesmo é ou não justificado por conta da prevalência do interesse coletivo em detrimento ao interesse individual.

Por fim, interessante destacar brevemente o tal "intuito de lucro" recorrentemente levantado por alguns desavisados ao tratar das limitações aos direitos autorais. Conforme demonstrado anteriormente, é comum a indicação de que, para se mostrar legítima a aplicabilidade dos limites, deve estar ausente qualquer forma de lucro. Um disparate que por si só é problemático, visto que dificilmente poderá ser descaracterizado o lucro indireto, se considerarmos que o uso livre autoriza a ausência de remuneração.

Ainda assim, a simples leitura dos dispositivos indicados acima torna bem clara sua inteligência acerca dessa temática. Em nenhum momento a redação do Artigo 9 da Convenção de Berna impõe como requisito a ausência do intuito de lucro, seja direto ou indireto. No que tange especificamente ao Artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, o legislador foi expresso quando julgou necessário. Apenas em seus Incisos II e VI, aqui já reproduzidos, o legislador optou por condicionar os limites à ausência do intuito de lucro, o que, conforme defendido, parece igualmente equivocado.

Dito isso, é fato que, no caso do documentário “Alô, Alô, Terezinha!”, o realizador e produtor da obra foi beneficiado por decisão final favorável, permitindo-se a aplicação dos limites aos direitos de autor. Diga-se de passagem, algo que só pode ser conseguido após segundas incertezas e consecutivos investimentos financeiros exigidos para se movimentar o Poder Judiciário, seja para o início da ação, seja para o oferecimento de recursos, além dos honorários e, principalmente, do sempre vasto período de tempo entre a abertura do processo e seu encerramento definitivo.

Como se já não fosse suficiente o longo tempo requerido para uma produção audiovisual cinematográfica, somados aos seus inúmeros recursos humanos e financeiros, parece absurdo impor que um realizador tenha que procurar o Poder Judiciário sempre que precisar determinar se pode ou não incluir uma obra pré-existente em sua obra audiovisual nova.

Isto posto, a subjetividade da redação do dispositivo legal admite posicionamentos dos mais diversos, como é exemplificado pela decisão proferida pelo juízo de primeira instância no mesmo caso, o que gera a insegurança generalizada, conforme comprovaram os casos previamente relatados.

Dessa forma, tendo em vista a incontestada potencialidade de decisões contraditórias, mostra-se pertinente abrir espaço para um breve exame acerca das consequências da omissão legislativa e de julgamentos que desconsiderem a aplicabilidade de tais limites em razão de interpretações desarrazoadas dos critérios previsto no comentado artigo da Lei de Direitos Autorais. Afinal, a mera eventualidade de tal interpretação tende a afetar diretamente a atividade diária de realizadores audiovisuais e seus efeitos sistêmicos parecem ser extremamente graves, até mesmo irreversíveis.

Nesse ponto, caso seja em juízo afastada a possibilidade de aplicação dos limites aos direitos de autor, como foi a intenção da primeira julgadora do caso em comento, já de início poderia se vislumbrar a possibilidade de outros segmentos do mercado buscarem o mesmo afastamento.

Afinal, o afastamento das limitações ainda é prática mais comum à indústria fonográfica, embora seja perceptível em alguns outros setores. Em regra, nota-se na prática uma maior aceitação dos limites aos Direitos Autorais por parte do mercado literário, plástico e audiovisual. Assim, são pertinentes novamente nesse ponto as considerações de João Henrique Fragoso, em sua obra "Direito Autoral: da Antiguidade à Internet", ao tratar da limitação referente à citação.

“Na área musical, na prática, este direito de citação, que se confunde com o direito de reprodução, não existe. Qualquer mínima porção de obra musical inserida no corpo de outra obra musical acarretará reclamações diversas, a exigir prévia autorização de autores, editores ou de quem os represente.”¹³⁴

¹³⁴ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. Pág. 320.

Ressalte-se, apenas à título ilustrativo, que a prática vivida por esse estudante que ora desenvolve o presente exame indica para raríssimas hipóteses nas quais o verdadeiro autor da obra se opõe ao uso livre previsto em lei. Em verdade, foram recorrentes as vezes em que os autores não só estavam de acordo com tal uso, como eles mesmos fizeram participações diretas - um fato ilustrado no próprio "Alô, Alô, Terezinha!".

Dando prosseguimento às linhas finais desse estudo, uma vez ratificada a inaplicabilidade dos legítimos limites aos direitos de autor ao se tratar de obras musicais, nada impediria que, por exemplo, a indústria literária passasse igualmente a se opor ao uso livre.

Imagine-se o caso de editores literários agirem da mesma forma que os editores musicais. Toda a produção literária como conhecemos hoje no Brasil - e no mundo - restaria prejudicada. Afinal, afastada a possibilidade de inserção de obras pré-existentes em obras novas, seja através de limitação referente à citação ou aos pequenos trechos, sequer a presente tese poderia ser publicada.

Entretanto, não parece minimamente plausível a hipótese de aceitação da construção de um texto sem a remissão a passagens de outros autores. Em verdade, exatamente pelo contrário, tais remissões são praticamente requeridas e esperadas para o melhor recebimento de tal obra, seja pelo engrandecimento de suas discussões, seja pela indicação de fundamentos também defendidos por profissionais de renome em cada específico campo do conhecimento.

O que se estranha, portanto, é a interpretação no sentido de permitir a inserção de trechos de obras pré-existentes em obras literárias, mas negar a exata mesma inserção em obras audiovisuais. Defender o uso em uma modalidade e negar na outra ultrapassa a mera contradição e corre o perigo de se caracterizar como nefasta tentativa de obter privilégio abusivo e indevido.

Ainda assim, considerando-se igualmente a previsão dos possíveis efeitos sistêmicos na hipótese de inobservância aos limites aqui aduzidos, nota-se a possibilidade de até mesmo grave entrave à produção e ao desenvolvimento do conhecimento como um

todo. Afinal, se é admitida tal argumentação, por certo muitos não poderiam expor seus posicionamentos, fundamentar seus entendimentos ou ilustrar suas assertivas.

De fato, essa é infelizmente a situação atualmente ainda vivida por grande parte dos produtores e realizadores audiovisuais independentes no Brasil, seja em produções documentais assemelhadas ao “Alô, Alô, Terezinha!”, seja em produções ficcionais, pequenas, médias ou grandes.

Na hipótese de prevalecer espaço excessivamente amplo para interpretações no sentido de não reconhecimento da aplicabilidade das limitações aos direitos de autor, as atividades de realização audiovisual como um todo seguiriam gravemente prejudicadas, muitas vezes possivelmente submetidas aos interesses econômicos de alguns poucos grupos empresariais.

Assim, indispensável observar também o risco que tais efeitos sistêmicos gerados pela omissão legislativa ou por decisões judiciais despropositadas causam à sociedade. Deve-se atentar seriamente para o impacto trazido para o âmbito dos diversos segmentos econômicos envolvidos, notadamente para o mercado da produção audiovisual ora em comento.

Dito isso, como forma de se encaminhar para o encerramento do objetivo que se pretendia cumprir com esse segmento do estudo, pertinentes se fazem novamente as palavras de Allan Rocha de Souza, uma vez que:

"A experiência cultural é um dos pilares formadores da pessoa e conditio sine qua non para o desenvolvimento integral de sua personalidade, pois, a partir desta, são elaboradas e reelaboradas as visões e construídos os universos simbólicos com os quais o mundo é apreendido. O caráter constitutivo das experiências culturais remete ao princípio da dignidade da pessoa humana e o sentimento de pertencimento a uma comunidade, consequência das experiências culturais comuns e de valoração positiva deste vínculo. Esses são pressupostos reconhecidos para a plena cidadania.

A expansão do acesso aos instrumentos tecnológicos de captação, fixação, difusão e fruição tem tornado possível uma verdadeira explosão da comunicação audiovisual, a tal ponto que a produção contemporânea parece convergir fortemente para os formatos audiovisuais. A densidade comunicativa e econômica deste formato torna seu estudo de especial interesse.

Os direitos autorais incidem sobre bens artístico-culturais, que são reconhecidos aos autores e titulares de obras e determinam uma exclusividade em seu favor. Porém essa proteção não se dá ao arrepio de outros direitos, devendo com estes ser compatibilizada."¹³⁵

Repise-se, por fim, que grande parte da culpa pela inobservância prática dos limites aos direitos autorais no que tange especificamente às atividades de realização audiovisual não se resume tão somente ao posicionamento abusivo por parte de determinados titulares de direitos patrimoniais de autor.

Em verdade, tais posicionamentos parciais e viciados podem ser inclusive naturalmente esperados de sujeitos dissociados de esforços tendentes a considerar a coletividade. E, que fique bem claro, não se trata aqui de demonizar tais indivíduos na defesa daquilo que lhes parece correto frente a seus interesses particulares.

Trata-se, acima de tudo, de revelar que tal prática abusiva apenas continua sendo percebida em razão da omissão consciente do Poder Legislativo nacional e das ainda recorrentes divergências do Poder Judiciário que, seja por despreparo ou seja por não ser ainda suficientemente movimentado a se manifestar, demora a conferir solução satisfatória a uma questão que já se arrasta por décadas. Culpa também dos realizadores e produtores, que se acovardam diante da ameaça de detentores de direitos patrimoniais em não mais negociarem em obras futuras. Por outro lado, quem pode condená-los quando sua atividade principal é posta diante de tal escolha?

¹³⁵ SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Autorais e as Obras Audiovisuais: entre a Proteção e o Acesso. In: SCHREIBER, Anderson (Coordenador). Direito e Mídia. São Paulo: Atlas, 2013. P. 256

Não se nega, entretanto, que o Poder Judiciário conferiria tão somente soluções imediatistas e paliativas. Entretanto, ainda assim, seriam soluções. Idealmente até mesmo com força para vincular outros julgamentos e nortear entendimentos por parte daqueles que ainda não se debruçaram suficientemente diante da matéria.

De uma forma ou de outra, parece imprescindível uma reforma legislativa imediata que tome como objeto a Lei de Direitos Autorais. Essa, sim, poderia representar a solução definitiva, embora não se acredite que o texto final aprovado assuma a tendência de trazer grandes avanços. Seria o caso, apenas por exemplo, de prosseguimento do Projeto de Lei nº 3.133/2012, apresentado na Câmara dos Deputados e que visa alterações na Lei.

Mas a questão é mais profunda. Não se pretende aqui sequer discutir o mérito de tal projeto, por uma razão relativamente simples, percebida pela transcrição da sua própria tramitação interna:

"14/06/2013: Deferido parcialmente o Requerimento n. 7.708/2013, conforme despacho de seguinte teor: "Defiro, parcialmente, o Requerimento n. 7.708/2013. Apense-se, pois, o Projeto de Lei n. 4.072/2012 ao Projeto de Lei n. 3.133/2012, e este e o Projeto de Lei n. 2.910/2011 ao Projeto de Lei n. 6.117/2009. Em razão da apensação, revejo o despacho exarado no Projeto de Lei n. 6.117/2009 para submetê-lo à apreciação do Plenário. Indefiro o pedido de apensação dos Projetos de Lei ns. 1.757/2007 e 4.234/2012 ao Projeto de Lei n. 3.133/2012, nos termos do art. 142, RICD, por entender que não há correlação apta a justificar sua tramitação conjunta. Publique-se. Oficie-se.[ATUALIZAÇÃO DO DESPACHO NO PL N. 6.117/2009: À CCULT, CCJC (mérito e art. 54, RICD). Proposição

sujeita à apreciação do Plenário. Regime de tramitação: Ordinário]”¹³⁶

Que fique evidente, por anos propostas de alteração vêm sendo apresentadas para adequar a Lei de Direitos Autorais. O próprio Ministério da Cultura, sob a liderança de alguns Ministros e Presidentes mais atentos, chegou a promover encontros para ouvir os diferentes segmentos da sociedade e reunir posições que pudessem trazer algum equilíbrio para o texto legal. Mas por anos essas iniciativas são engavetadas, devidamente esquecidas.

Portanto, o que se nota é uma opção do Poder Legislativo em afastar a análise de matérias que, apesar de urgentes e indispensáveis para importante segmento da economia nacional, trariam atenção indesejada e obrigariam a negociação delicada diante de sujeitos com distinto poder econômico.

Uma omissão mais do que esperada de um Poder Legislativo que há anos se aprofunda em uma crise institucional sem precedentes. Fato que talvez seja até mesmo benéfico no longo prazo, afinal seria interessante uma renovação plena antes de submeter uma reforma referente aos direitos autorais a sujeitos dos quais se exigiria conhecimento teórico mínimo e sensibilidade negocial.

Assim, enquanto não se tem a perspectiva de tempos melhores para uma nação em crise de representatividade inédita, o que culminaria com propostas decentes e a devida definição de critérios objetivos para a tomada de decisões práticas, cumpre destacar as pertinentes palavras do professor Dário Moura Vicente, visto que:

"É hoje inequívoco que as criações intelectuais têm um enorme potencial de contribuir para o desenvolvimento económico e espiritual da humanidade. Mas para que esse contributo se concretize impõe-se um regime do direito autoral que consagre um adequado equilíbrio dos interesses em jogo. Ora, o Direito Autoral vigente, como

¹³⁶ Para maiores informações acerca do PL nº 3.133/2012, é possível acessar sua tramitação e inteiro teor através do link: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534039>>

*se deixou demonstrado, não reflete em muitos aspetos esse equilíbrio. Nisto radica a contemporânea crise do Direito Autoral. Este mostra-se por isso profundamente carecido de reforma: uma reforma que acautele devidamente a necessidade de preservar o acesso do público à informação e ao conhecimento e que corrija certos excessos de proteção; mas que atenda também, na justa medida, aos interesses dos autores na divulgação das suas obras e na obtenção dos benefícios a isso inerentes. Só assim se poderá falar, com propriedade, de uma economia criativa."*¹³⁷

Encerra-se assim o presente segmento de estudo, acreditando-se ter restado não apenas compreendidas suas razões e implicações, mas igualmente comprovada a inobservância prática dos limites aos direitos autorais referentes às atividades de realização audiovisual cinematográfica no Brasil, trazendo alguma atenção para os desrespeitos vividos no dia-a-dia dessa atividade. Dessa forma, antes de finalizar a análise inicialmente proposta, parte-se para algumas considerações finais apropriadas.

¹³⁷ VICENTE, Dário Moura. Economia Criativa e Equilíbrio de Interesses no Direito Autoral. WACHOWICZ, Marcos (Coordenador). Direito Autoral & Economia Criativa. Curitiba: Gedai, 2015. Pág. 27.

- V -

CONSIDERAÇÕES FINAIS

V) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez apreciada toda a exposição inicialmente pretendida, dirige-se agora para as presentes considerações finais, tornando-se necessário igualmente recordar as particularidades do debate acerca da incerteza gerada pela Lei de Direitos Autorais brasileira à atividade dos realizadores audiovisuais.

Já de início, interessante trazer mais uma vez as ponderações de Allan Rocha de Souza, em sua dissertação "A Função Social dos Direitos Autorais", considerando-se que:

*"Partindo do pressuposto que todos os direitos privados têm limitações, tendo a reorganização das doutrinas liberal e social no sistema jurídico sido intensificada após a admissão da intervenção do Estado na economia para suprir as deficiências da iniciativa privada, superando assim as estruturas herdadas do Estado Liberal, não poderia ser diferente no âmbito dos direitos autorais, onde pelo contexto de sua formação política e jurídica, o choque é direto e originário, refletindo portanto, a luta interna entre os interesses em questão, e que se manifesta sob as formas de limitações e de exceções aos direitos exclusivos assegurados aos autores, embora ainda persista na doutrina a ênfase sobre o aspecto privado desse direito qualificado como pessoal e exclusivo."*¹³⁸

Com o mesmo objetivo, recordem-se as palavras do professor Dário Moura Vicente, que vêm funcionando desde seu princípio para guiar o presente estudo:

"O direito autoral é um monopólio de utilização e exploração de uma obra, que visa incentivar a competição a um nível mais elevado: o da criatividade. Mas uma proteção em excesso desse monopólio pode ter como efeito reprimir a própria criatividade e restringir o acesso do público à informação. Daí que a denominada economia criativa postule um equilíbrio entre os interesses em presença na definição do regime dos direitos autorais."

¹³⁸ SOUZA, Allan Rocha de. A Função Social dos Direitos Autorais. Campos dos Goytacazes: 2006. Pág. 274.

Levanta-se assim a questão de saber em que medida é esse equilíbrio efetivamente conseguido pelo Direito Autoral contemporâneo. Este caracteriza-se por um constante alargamento dos bens suscetíveis de constituírem objeto de direitos autorais (incluindo-se hoje neles, por exemplo, prestações sem caráter criativo, como as dos produtores de fonogramas e as dos radiodifusores), da duração desses direitos (que passou dos 14 anos iniciais para os atuais 70 anos post mortem auctoris) e das faculdades de utilização e exploração reservadas aos autores (entre as quais sobressai o making available right).

*Pergunta-se por isso: será o Direito Autoral contemporâneo fiel ao equilíbrio de interesses em que originariamente se fundou?*¹³⁹

É com isso em mente que se ousa dizer que o problema prático inicialmente proposto nesse estudo se mostra como algo relativamente simples. As criações artísticas e culturais em regra impõem ao criador a necessidade de remissão e utilização de obras já existentes, afinal cada ser humano é formado por aquilo que está a sua volta. O próprio conceito de originalidade sempre foi interpretado em consideração com tal valoração, como não poderia ser diferente. Trata-se de um fato notório e incontestado da produção criativa nos mais diversos períodos da história.

Considerando tal argumentação e limitando-se à atividade de realização audiovisual, deve-se rememorar novamente que muitas vezes tal criador entende ser necessária a inserção de uma obra de terceiro - independente de ser ela uma obra musical, audiovisual, literária - em sua obra nova, seja na integralidade da obra já existente ou apenas em trechos.

O que se mostrou agregar maior complexidade à discussão na prática - deixando de lado a referida simplicidade aparente - foi justamente a determinação da medida na qual tal utilização dispensará a autorização por parte dos titulares dos direitos sobre aquela obra pré-existente e o momento a partir do qual a utilização poderá ser proibida por parte desse

¹³⁹ VICENTE, Dário Moura. Economia Criativa e Equilíbrio de Interesses no Direito Autoral. WACHOWICZ, Marcos (Coordenador). Direito Autoral & Economia Criativa. Curitiba: Gedai, 2015. Pág. 18.

mesmo titular de direitos patrimoniais de autor, que muitas das vezes sequer é o próprio autor criador da obra.

Como foi relatado, é dessa maneira que o problema assume grande relevância no âmbito brasileiro, posto que no dia-a-dia de quem atua no ramo da realização audiovisual no Brasil essa é uma das questões cruciais que poderá definir se determinada nova obra será ou não criada e, principalmente, se ela será ou não levada ao público.

Ainda assim, a Lei de Direitos Autorais brasileira se mostrou confusa e omissa em distintas passagens ao especificar as condições a serem cumpridas para que seja lícita a utilização de obras pré-existentes sem a necessidade de autorização.

Foi nesse contexto que se apontou a realidade de realizadores audiovisuais que são deixados sem a certeza necessária para o exercício de sua atividade, sem qualquer segurança jurídica para seu trabalho diário, tendo em vista a inexistência de um padrão mínimo que permita a inserção segura de uma obra pré-existente em sua obra nova.

Afinal, se a mesma inserção poderá ser considerada legítima por determinado representante do Poder Judiciário, mas ilegítima por representante diverso - o que constituiria até mesmo prática criminosa no Brasil nesse segundo caso -, como esperar que o realizador ou o produtor vinculado assumam tais riscos?

Nesse sentido, conforme se vem demonstrando, pode-se aduzir com certa tranquilidade que, em regra, a Lei de Direitos Autorais brasileira configura-se como um dispositivo excessivamente restritivo. Seu próprio Artigo 29 mostra-se como um exemplo clássico do tamanho espírito conservador que ronda o Poder Legislativo nacional, uma vez que determina que todo e qualquer uso possível deva ser autorizado pelo titular dos direitos de autor, como é o caso da reprodução parcial ou integral¹⁴⁰, ao mesmo tempo em que se faz

¹⁴⁰ Recorde-se finalmente, diz o Artigo 29 que *“Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral; II - a edição; III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; IV - a tradução para qualquer idioma; V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em*

notória e incontestada a fragilidade do sistema de limitações, em evidente - e talvez até mesmo injustificada - prevalência dos interesses particulares sobre os interesses públicos, naquele que parece ser o embate clássico que envolve o direito de autor desde suas origens.

Por outro lado, como não poderia ser diferente, apesar de sua fragilidade a lei igualmente prevê os limites anotados. Fato que igualmente não se pode negar. Afinal, não há que se conferir aproveitamento total e ilimitado a determinado direito. E logicamente que com os direitos autorais não poderia ser diferente. Dessa forma, é indispensável que o ordenamento jurídico estipule limites à extensão de cada direito, sob pena de gerar prejuízos severos ao próprio funcionamento do ordenamento jurídico.

Nesse ponto, entretanto, faz-se prudente trazer novamente à mente que o direito de autor normalmente apresenta os dois mencionados polos antagônicos: de um lado os interesses do titular dos direitos de autor, de outro os interesses da sociedade.

E, se o equilíbrio entre o interesse individual e o interesse público acaba por caracterizar as grandes discussões acerca dos direitos autorais, notadamente no que tange aos debates acerca de seus limites, como desconsiderá-los, por exemplo, na prática das atividades da realização cinematográfica?

Portanto, nada mais razoável do que afirmar que a real proteção dos direitos de autor deve resultar da interpretação coordenada entre as regras que estabelecem o monopólio e as regras que preveem seus limites. Atuar de forma diversa provavelmente acarretaria em grave erro e produziria efeitos nefastos não somente ao ordenamento, mas igualmente ao mercado, ao menos para um dos lados.

que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário; VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas; IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.”.

Nesse sentido, pode-se esperar que a legislação garanta, dentro de determinados parâmetros de razoabilidade e respeitados os devidos requisitos, o uso de obras de terceiros sem que haja necessidade da autorização prévia e expressa por parte de seu titular. Afinal de contas, essa é a indicação do texto legal, importada das determinações internacionais às quais o Brasil optou por se vincular.

Entretanto, no caso brasileiro as próprias limitações ainda se mostram insuficientes para proteger o acesso ao conhecimento e à cultura¹⁴¹. E o caso é ainda mais grave no que tange à atividade profissional do realizador audiovisual, conforme se vem relatando no presente estudo.

Como se não bastassem as parcas previsões dos limites legais, em descompasso absoluto com a sociedade moderna da informação, os limites previstos no Artigo 46 da Lei de Direitos Autorais não são suficientemente claros, permitindo espaço excessivamente aberto para interpretações das mais diversas. Ora, como esperar assim qualquer segurança jurídica para sua aplicação pacífica na prática?

Dito isso, interessante repisar que é função basilar do realizador audiovisual a supervisão artística sobre a produção da obra criada. Para tanto, cumpre ao profissional não apenas contar com o material originariamente criado dentro daquela obra, mas é igualmente desejado – e muitas vezes até mesmo necessário – que material externo seja incorporado.

Em regra, tal utilização de material de titularidade de terceiros exige autorizações prévias, o que inicialmente parece apropriado. Mas, exatamente da mesma forma que tal exigência é respeitada na prática, os limites à mesma deveriam ser igualmente respeitados. Não é o que ocorre, entretanto, no dia-a-dia do mercado, como exposto exemplificativamente por qualquer superficial análise do caso “Alô, Alô, Terezinha!” ou por qualquer dos relatos dos demais casos acima indicados.

As previsões legislativas brasileiras acerca do direito de citação e do uso de pequenos trechos de obras pré-existente são por demais indefinidas. E é interessante para alguns agentes do mercado que assim o sejam.

¹⁴¹ BRANCO, Sérgio. A Produção Audiovisual sob a Incerteza da Lei de Direitos Autorais. Pág. 86.

Nesse ponto, diga-se de passagem, não se pretende defender aqui uma flexibilização absoluta e desarrazoada dos direitos autorais. Muito pelo contrário. Busca-se exatamente criar medidas para que a legislação vigente no Brasil seja amplamente observada, em defesa da pluralidade de autores e criadores que se aventuram por nossas impávidas terras.

Seguindo o raciocínio, como se não fosse suficiente o contexto ao qual é submetido o realizador cinematográfico no Brasil, as decisões judiciais vislumbradas nos Tribunais locais muitas vezes apontam para raciocínio incoerente e apartado dos melhores ensinamentos acerca dos direitos autorais.

É nesse exato sentido que João Henrique Fragoso provoca o Poder Judiciário, conforme se depreende do trecho a seguir.

“No Brasil, além das limitações previstas na lei, os usos legais deveriam ser objeto de melhor apreciação pelo Judiciário, que deve transpor sua timidez em face da rigidez da lei, afinando-se com as melhores tendências internacionais envolvendo o fair use, usando o magistrado da permissão da equidade.”¹⁴²

Ainda assim, há que se admitir que nas últimas décadas tem sido mais frequentes as manifestações do Judiciário, como é possível perceber, por exemplo, da ementa e de parte do voto do Desembargador Carlos Stropa, da Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, abaixo transcritas.

“Ação indenizatória. Direitos autorais. Preliminar afastada. Cerceamento de defesa não caracterizado. Prova produzida para o convencimento do Juízo. Saneador irrecorrido. Preclusão. Inexistência de error in procedendo. Utilização de composições musicais em campanha publicitária, sem prévia autorização. Inserção com objetivo de fazer paródia utilizando as músicas como fundo. Reprodução de pequenos trechos e por poucos segundos que não caracteriza ofensa a direitos autorais. Aplicabilidade do artigo 46, VIII, da Lei nº 9.610/98. Recurso improvido.

¹⁴² FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet.

A utilização das composições musicais não se deu por longo período, já que seguida de informações sobre o produto à venda, fato que autoriza a aplicação do disposto no artigo 46, VIII, da Lei nº 9.610/98, para o fim de excluir o direito indenizatório, porque não houve ofensa a direitos autorais.

Depreendo do conjunto probatório que os pequenos trechos das composições musicais foram utilizados como fundo e com o intuito de fazer uma paródia, em período carnavalesco.

A reprodução das composições musicais não foi o objetivo do comercial, não prejudicou sua exploração normal e sequer causou prejuízo à autora, no tocante aos direitos materiais de exploração.

É incontendível para mim que, no caso sob foco, não houve ofensa aos direitos autorais da apelante, razão pela qual, mantenho a r sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.”¹⁴³

De certo que, quando compelido a se manifestar, o Judiciário tende, normalmente em suas instâncias superiores, a proferir decisões favoráveis à aplicabilidade dos limites aos direitos de autor, o que vem a legitimar o uso de pequenos trechos de obras pré-existentes em obra nova. Entretanto, não deixa de ser significativa a possibilidade de interpretações diversas em situação idêntica, como ocorrido nas decisões proferidas no caso “Alô, Alô, Terezinha!”, o que ainda caracteriza o receio fundado para o mercado audiovisual.

A insegurança e a incerteza trazidas pelo texto legal ao realizador audiovisual constituem, sem dúvidas, motivos para preocupação. Impossível prever se determinado julgador irá entender que aquele trecho em questão se configurava como pequeno ou que aquele uso específico não causou prejuízo injustificado aos legítimos interesses de terceiros. Em verdade, não cabe a qualquer um o exercício de antevisão de qualquer que seja a decisão a ser proferida.

¹⁴³ Apelação Cível n.º 480.378-4/0 - São Paulo. 9ª Câmara, Direito Privado. Relator: Des. Carlos Stroppa. Julgamento em 10.06.2008. Decisão semelhante foi proferida pela 4ª Câmara de Direito Privado do mesmo tribunal, sob relatoria do mesmo Desembargador Carlos Stroppa, nos autos da Apelação Cível nº 296.997-4/9, segundo a qual “A abstenção de uso da obra, com cominação de multa, só pode ser determinada se ilícita a conduta da ré, ou seja, se extrapolados os limites legais de proteção aos direitos autorais, o que não ocorreu in casu.”.

Os riscos a serem assumidos são enormes. E as consequências de uma decisão desfavorável são nefastas para o realizador - e especialmente para seu produtor -, incluindo não apenas a cominação em multas e a referida possibilidade de caracterização de um ato criminoso, mas até mesmo a proibição de exibição e comercialização da obra, o que causa prejuízos econômicos irreversíveis e o descumprimento de obrigações contratuais sensíveis, prejudicando definitivamente toda uma cadeia de produção e talvez até mesmo removendo definitivamente aquele produtor de seu negócio.

Nessa trilha, mostra-se facilmente dedutível o perverso efeito observado na prática. O realizador - muitas das vezes sob a esperada pressão de seu produtor - não faz uso das limitações aos direitos autorais por conta do grande receio em serem eventualmente punidos. Opta, por via de consequência, por não incluir a obra em sua nova criação ou por realizar pagamentos indevidos por autorizações descabidas.

Assim, os limites aos direitos autorais, que deveriam servir ao interesse público, são desvirtuados e desconsiderados em favor de um interesse privado miserável e injustificado. O uso, que seria legítimo diante da legislação nacional, passa a ser afastado.

Em conclusão, embora abusiva, a prática de exigir autorização prévia e pagamentos para citação ou uso de pequeno trecho de obra pré-existente, em conformidade com os limites legais, é comum no cotidiano do realizador audiovisual, muito especificamente quando se tratam de titulares de direitos de autor sobre obras musicais.

Diante da indefinição da legislação, o realizador audiovisual encontra-se impossibilitado de determinar em que medida pode ou não fazer uso das limitações legais. Repise-se, não se trata aqui de buscar excluir todo e qualquer risco na atividade privada de realização audiovisual, mas apenas adequá-los aos padrões da razoabilidade e da legalidade.

Enfim, é exatamente diante da raridade da percepção da presença de autores absolutamente originais durante toda a história que o próprio conceito de originalidade para o direito autoral é relativizado. Nesse sentido, ao apontar para o evidente fato de que o uso de obras pré-existentes em obras novas é algo inerente à criação humana, o professor Sérgio Branco recorda, em seu artigo "A Produção Audiovisual sob a Incerteza da Lei de Direitos Autorais", que:

“É célebre a afirmação de Northrop Frye de que ‘poesia só pode ser feita a partir de outros poemas e romances a partir de outros romances’. São infundáveis os exemplos de autores que se valeram de obras precedentes para criar as suas.”¹⁴⁴.

E se tal utilização mostra-se tão inerente à criação humana, sendo inclusive objeto da limitação expressa importada por parte da Lei de Direitos Autorais brasileira, faz-se manifestamente indevida a manutenção das referidas cobranças no mercado audiovisual sempre que presentes os requisitos que admitem a aplicação legítima das limitações.

A verdade é que, em defesa de interesses econômicos, os titulares de direitos de autor buscam estabelecer um dogma: não se pode fazer qualquer uso de qualquer obra sem a devida autorização. Nesse caminho, o interesse público seria uma exceção, a prevalecer estritamente em casos absolutamente extraordinários. Aqui são mais uma vez extremamente pertinentes as palavras do professor José de Oliveira Ascensão:

“Os limites legais não são ‘exceções’: o termo emana dos sectores que defendem a ‘soberania’ do autor, de maneira que tudo o que a restringisse deveria ser considerado uma exceção. Isto justificaria a ‘caça às exceções’, a interpretação restritiva e a exclusão da analogia, sempre com o argumento de que seria Direito excepcional.”¹⁴⁵.

Contudo a origem e a evolução dos direitos autorais evidenciam que a real exceção é o direito de autor¹⁴⁶. A regra é a liberdade e o uso livre. Excepcionalmente, permitiu-se o monopólio do autor e dos titulares posteriores de direitos, em uma cadeia que mais se relaciona a interesses individuais. Ainda assim, tal verdadeira exceção, ante seu rigor e prejuízo ao interesse público, foi limitada e até mesmo prevista para perdurar apenas por um período restrito de tempo pré-definido, como nos comprovam os distintos sistemas de direitos autorais.

¹⁴⁴ BRANCO, Sérgio. A Produção Audiovisual sob a Incerteza da Lei de Direitos Autorais. Pág. 82.

¹⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Proposta do MinC de Reforma da LDA: as Limitações aos Direitos Autorais. Pág. 117.

¹⁴⁶ Para uma análise mais aprofundada acerca da evolução histórica dos direitos de autor, consultar a obra Direito de Autor, do Professor Luís Menezes Leitão, notadamente a partir de sua página 17.

Diante de tais discussões, segue prejudicada a atividade de realização audiovisual. Tratando-se desse caso da prática, sem dúvidas a melhor solução parece ser aquela apontada no sentido de reformar o sistema brasileiro de direitos autorais, especificando o texto legal de modo a definir os conceitos abertos e reduzir – não extinguir – a abertura para interpretações, tudo em prol de algum equilíbrio entre interesses. Não sendo assim, dificilmente se contará com algum grau razoável de segurança para fazer uso dos limites previstos aos direitos autorais.

Enquanto não se reforma o texto legal - o que aparentemente não acontecerá em um futuro tão próximo, ante à profunda crise político-institucional instaurada no país -, a solução menos prejudicial parece ser a compreensão no sentido de, nas hipóteses em que exista dúvida justificável no uso da obra pré-existente e o Poder Judiciário decidir posteriormente pela ilegalidade de tal uso, determinar-se tão somente o pagamento dos valores devidos ao titular dos direitos de autor, afastando-se as demais consequências de uma violação dolosa aos direitos autorais.

Por fim, ante todo o exposto, chama-se atenção para o cuidado necessário no sentido de não se ratificar a perversão do sistema do direito autoral e, ao invés de proteger-se o criador, proteger-se tão somente a indústria e seus intermediários.

Não parece razoável permitir que o criador intelectual seja apenas um pretexto nessa relação, exclusivamente fundamentando a proteção jurídica em nome dos interesses de titulares derivados de direitos patrimoniais de autor.

Nesse ponto, continuar a trilhar esse perigoso caminho apenas funciona para deixar evidente a estratégia internacional de ampliação da proteção dos direitos de autor com o intuito puro e simples de garantir que os poucos exportadores de cultura estabelecidos sejam beneficiados, colocando-se em xeque a própria legitimidade dos direitos autorais. Uma estratégia que, a longo prazo, pode culminar com a desconsideração e a descrença sobre todo um sistema de proteção extremamente importante, como já se vem percebendo da prática moderna ante as novas tecnologias.

Assim, parece coerente afirmar que a observância dos limites aos direitos autorais mostra-se imprescindível até mesmo para a proteção do mercado e a atual realidade da atividade

de realização cinematográfica - e audiovisual como um todo - funciona somente como um exemplo de sua importância, o que se pretendeu comprovar pelas seguidas análises de casos práticos, notadamente do documentário “Alô, Alô, Terezinha!”, bem como de todas as demais informações anteriormente suscitadas. Nesse sentido, pertinentes e irrefutáveis as palavras do professor Sérgio Branco, posto que:

“De toda forma, é preciso que o mercado tome consciência de suas possibilidades legais, que repudie a cobrança indevida pelo uso legítimo de obras alheias, que o Judiciário se dedique mais a questões de propriedade intelectual e que cada vez mais possamos criar obras novas sem termos a incerteza como princípio.”¹⁴⁷.

Por fim, encerra-se o presente estudo com algumas considerações e expectativas do renomado cineasta Cacá Diegues, que dão o tom do sentimento que envolve toda a temática que se propôs aqui a analisar:

"O futuro do cinema é um problema dos cineastas do futuro, meu problema é o presente da humanidade. Se o mundo se acabar, de que vale pensar sobre o futuro do cinema?"

Mas desejo sinceramente que o cinema brasileiro seja, para o Século XXI, aquilo que Hollywood foi para o Século XX. Como sempre, o Brasil provavelmente nos trairá e nunca realizará essa indiscutível vocação. É uma pena, poderíamos cumprir essa missão com mais afeto e fraternidade do que os outros. Ainda sonho com isso. Como escreveu Alain Touraine: 'Aqueles que pensam que sabem o que vai acontecer no Brasil devem estar muito mal-informados'.”¹⁴⁸

¹⁴⁷ BRANCO, Sérgio. A Produção Audiovisual sob a Incerteza da Lei de Direitos Autorais. Pág. 105.

¹⁴⁸ DIEGUES, Cacá. Vida de Cinema: Antes, Durante e Depois do Cinema Novo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014. Pág. 561.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAÃO, Eliane. Direitos de Autor e Direitos Conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

AKESTER, Patricia. Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais. Coimbra: Almedina, 2013.

ALMEIDA, Alberto Ribeiro de. Integração Europeia e Acordo ADPIC/TRIPS. In Direito Industrial, 6º Vol. Coord: Ascensão, José de Oliveira. Coimbra: Edições Almedina SA, 2009.

AMADEU, Sergio. In: Sant'Anna, Affonso Romano de. O Futuro Do Livro: Sessenta Visões. São Paulo: Ipsi Grafica e Editora, 2007

ANCINE. Efeitos da Crise Econômica nos mercados de Programação e de Empacotamento da TV por Assinatura no Brasil. Pág. 42. Acessível em <
http://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/publicacoes/pdf/est_efeitostvpaga.pdf>

_____ Informe de Acompanhamento do Mercado - Segmento de Salas de Exibição. Acessível em
<http://oca.ancine.gov.br/sites/default/files/publicacoes/pdf/informe_anual_preliminar_2016.pdf>.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Função Social do Direito Autoral e as Limitações Legais. In: Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem ao Professor Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

_____ A Proposta do MinC de Reforma da LDA: as Limitações aos Direitos Autorais. In: Por Que Mudar a Lei de Direito Autoral? Coordenada por Wachowicz, Marcos. Florianópolis: Editora Funjab, 2011.

_____ Direito Autoral. 2ª. Edição. Editora Renovar, 1997.

_____ Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos. Coimbra Editora, 2012.

_____ Direito da Internet e da Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Direito do Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias. In: Revista de Direito Autoral, Ano I, nº I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. (Coordenação) Direito Industrial. Vol. VI. Almedina, 2009.

_____. (Coordenação) Direito Industrial. Vol. VIII. Almedina, 2012.

_____. O Direito Autoral numa Perspectiva de Reforma. In: Estudos de Direito de Autor: A Revisão da Lei de Direitos Autorais. Coordenada por Wachowicz, Marcos e dos Santos, Manoel. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

_____. Propriedade Intelectual e Internet. In: II Ciberética, Florianópolis, 2003. Acessível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-PROPRIEDADE-INTELECTUAL-E-INTERNET.pdf>>.

ASSY, Bethania et al (Coordenadores). Direitos Humanos: Justiça, Verdade e Memória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BARBUDA, Ciro de Lopes e. Princípios do Direito Autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARTON, J. H., ABBOTT, F. M., CORREA, C. M., DREXL, J., FORAY, D. and MARCHANT, R. Views on the Future of the Intellectual Property System. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2007. Disponível em: <<http://infoscience.epfl.ch/record/110274/files/ICTSD-Views-Future-IP-System-selected-issue-briefs-1-june-2007.pdf>>

BERMUDEZ, Jorge A. Z. e OLIVEIRA, Maria Auxiliadora (Organizadores). La Propiedad Intelectual en el Contexto del Acuerdo de la OMC sobre los ADPIC: Desafíos para la Salud Pública. Rio de Janeiro: ENSP, 2006.

BERNARD, Sheila Curran. Documentário: Técnicas para uma Produção de Alto Impacto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. Direitos Autorais. 4ª. Edição. Brasil: Forense Universitária, 2004.

BITTAR, Eduardo e CHINELATO, Silmara (Coordenadores). Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais: Em Homenagem ao Professor Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Forense Universitária, 2002.

BRANCO, Sérgio. A Produção Audiovisual sob a Incerteza da Lei de Direitos Autorais. In: Três Dimensões do Cinema: Economia, Direitos Autorais e Tecnologia. Organizadores: Ronaldo Lemos, Carlos Affonso Pereira de Souza e Marília Maciel. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

_____. Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro: Uma Obra em Domínio Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANT, Cássio Augusto Barros. Usucapião na Propriedade Intelectual. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

CARRIÈRE, JEAN-CLAUDE. A Linguagem Secreta do Cinema. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

CASTELLS, Manuel. Redes de Indignação e Esperança: Movimentos Sociais na Era da Internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CORDEIRO, Pedro. "Limitation and Excpctions under the 'Three-step-Test' and in National Legislation: Differences between the Analog and Digital Enviroments". Acessível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/Copyright/en/wipo_cr_rio_01/wipo_cr_rio_01_3.doc>

COUSINS, Mark. História do Cinema: dos Clássicos Mudos ao Cinema Moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

CRIVELLI, Ivana Có. Direitos Autorais na Obra Cinematográfica. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2007.

CROCOMO, Fernando Antonio. TV Digital e Produção Interativa: A Comunidade Recebe e Manda Notícias. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2004.

CTS. Direitos Autorais em Reforma. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

DIEGUES, Cacá. Vida de Cinema: Antes, Durante e Depois do Cinema Novo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014. Pág. 254.

DIAS, Adriana e Souza, Letícia de (Organizadoras). Film Business: O Negócio do Cinema. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DRUMMOND, Victor Gameiro. Os Privilégios Monopolistas como Elementos Comuns para os Sistemas de Copyright e de Droit d'auteur e o Déficit Filosófico do Direito de Autor. In: Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 Anos de Vida Universitária. Coimbra: Almedina, 2016.

EUROPEAN COMMISSION. Synopsis Reports and Contributions of the Results of the Public Consultation on the Role of Publishers in the Copyright Value Chain and on the Panorama Exception. Acessível em: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/synopsis-reports-and-contributions-results-public-consultation-role-publishers-Copyright-value>>.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet. Quartier Latin, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2008.

GALEANO, Eduardo. As Veias Abertas da América Latina. 42ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à Internet: Direitos Autorais na Era Digital. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

_____. Direitos Autorais. Rio de Janeiro: SENAC, 2004.

GANDELMAN, Marisa. Poder e Conhecimento na Economia Global: o Regime Internacional da Propriedade Intelectual da sua Formação às Regras de Comércio Atuais. Civilização Brasileira, 2004.

GIFFONY, Gyl. De Quem é a Cena? Fortaleza: La Barca, 2010.

GEIGER, Christophe. “The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society”. Acessível em: <http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test_trois_etapes_en.pdf/test_trois_etapes_en.pdf>

GINSBURG, Jane C. Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions. New York: Columbia University School of Law, 2001. Acessível em: <http://www.law.columbia.edu/center_program/law_economics/wp_listing_1/wp_listing?exclusive=filemgr.download&file_id=64212&rtcontentdisposition=filename%3DWP207.pdf>.

GONÇALVES, Nuno. Notas sobre Limitações e Exceções no Direito de Autor. In: Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão: 50 Anos de Vida Universitária. Coimbra: Almedina, 2016.

GONÇALVES, Pedro Mansur. Direito da Propriedade Industrial: A Relevância da Tutela Antecipada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GUEIROS JR, Nehemias. O Direito Autoral no Show Business: A Música. Vol I. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

GUIMARÃES, Jorge Alfredo (Organizador). Introdução ao Direito de Autor. Brasil: CBC, 2006.

LACERDA, Gabriel. O Direito no Cinema. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

LEITÃO, Luíz Manuel Teles de Menezes. Direito de Autor. Edições Almedina, 2011.

_____. O Tratado ACTA. In Direito Industrial, Vol. VIII. Coord: Ascensão, José de Oliveira. Coimbra: Edições Almedina SA, 2012.

LEMOS, Ronaldo. *Futuros Possíveis: Mídia, Cultura, Sociedade, Direitos*. Porto Alegre: Sulina, 2012.

LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. Nova York: The Penguin Press, 2004.

LEWINSKI, Silke von. The Beijing Treaty on Audiovisual Performances. *Auteurs & Media* 2012, Issue 6, pp. 539-546; Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 13-08.

MARSON, Melina Izar. *Cinema e Políticas de Estado: da Embrafilme à Ancine*. São Paulo: Escrituras Editora, 2009.

MIRANDA, Jorge. A Constituição e os Direitos de Autor. In: *Direito e Justiça*, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Rodrigo. *Direito Fundamental à Temporalidade (Razoável) dos Direitos Patrimoniais de Autor*. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (coordenador). *Direito de Autor e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Anselmo Mancini do. *A Experiência Prática no Diálogo entre a Produção Cinematográfica e a Musical*. São Paulo: 2013.

NETTO, José Carlos Costa. *Direito Autoral no Brasil*. 2ª Edição. São Paulo: FTD, 2008.

NIMMER, David. "Fairest of Them All" and Other Fairy Tales of Fair Use. In: *Law and Contemporary Problems*, 2003. Acessível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1281&context=lcp>>

OLSON, Christina. *A Practical Guide to the Fair Use Doctrine in American Copyright Law*. In: *Signal/Noise 2k5: Creative Revolution?* Cambridge: Harvard, 2005. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/archived_content/events/SignalNoiseBBFINAL.pdf>

PARANAGUÁ, Pedro e BRANCO, Sérgio. Direitos Autorais. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PIMENTA, Eduardo Salles. A Função Social dos Direitos Autorais da Obra Audiovisual nos Países Ibero-Americanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Princípios de Direito Autoral. Brasil: Lumen Juris, 2004.

RABIGER, Michael. Directing Film: Techniques and Aesthetics. 4ª Edição. Inglaterra: Elsevier/Focal Press, 2008.

RODOTÀ, Stefano. A Vida na Sociedade da Vigilância: A Privacidade Hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Chris. O Cinema e a Produção. Rio de Janeiro: Lamparina Editora, 2007.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Organizador). Direito de Autor e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Brasil: Lumen Juris, 2006.

SEBRAE/ESPM. Produção Audiovisual: Estudos de Mercado - Relatório Completo. Rio de Janeiro: SEBRAE, 2008.

SCHREIBER, Anderson (Coordenador). Direito e Mídia. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Allan Rocha de. A Função Social dos Direitos Autorais. Campos dos Goytacazes: 2006.

STAMATOUDI, Irini. Copyright and Multimedia Works: A Comparative Analysis. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TAVEIRA, Christiano e DERBLI, Felipe. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. Mídia e Propriedade Intelectual: A Crônica de um Modelo em Transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VICENTE, Dário Moura. A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

_____ Concorrência Desleal: Diversidade de Leis e Direito Internacional Privado. In Direito Industrial, Vol. VIII. Coord: Ascensão, José de Oliveira. Coimbra: Edições Almedina SA, 2012.

VIEIRA, José Alberto. Pluralidade de Autores, Pluralidade de Obras e Obra Protegida pelo Direito de Autor. Dissertação de Mestrado. Lisboa: 1992.

VIEIRA, José Alberto Coelho. Gestão Coletiva: Reflexões Dispersas de Política Legislativa. In: Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Professor Dr. José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2015.

WATAL, Jayashree. Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries. Londres: Kluwer Law International, 2001.

WACHOWICZ, Marcos (Coordenador). Direito Autoral & Economia Criativa. Curitiba: Gedai, 2015.

_____ Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: Gedai, 2014.

_____ Por Que Mudar a Lei de Direito Autoral? Florianópolis: Editora Funjab, 2011.

WCL. American University International Law Review. Vol. 26, Num 3. 2011.

ZENHA, Guilherme Fiuza e NOGUEIRA, Júlia. Guia de Elaboração de Projetos Audiovisuais: Leis de Incentivo e Fundos de Financiamento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.